موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

حق الملكية

المواد ٨٧٥ - ٩٣٤





٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف



في

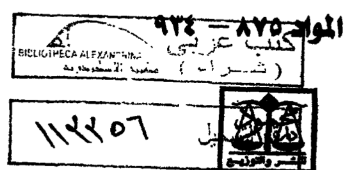
القانون المدني

{ حق الملكية }

الميراث وتصفية التركة • شهر حق الإرث • أحكام التركات التى لم تصف • الوصية وأحكامها • التصرف لوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين • الالتصاق • انتقال الملكية بالعقد وأحكام التسجيل طبقا لقانون الشهر العقارى • أحكام السجل العينى • دعاوى الاستحقاق

المجلد السادس عشر

المواد ٨٧٥ – ٩٣٤



٩ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
☎ : ٣٩٦٠٤٤٣ ٢٠٢-٠٠٢ – ٢٣٩٣٨٦١٨ ٢٠٢-٠٠٢

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

الترقيم الدولى

٢٠٠٦/١٦٧٢٦

977 - 400 - 043 -9



٢٣ ش رشدى عابدين - ٣٩٢٥٣٧٦



فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا

مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ

صدق الله العظيم

٢ـ الميراث وتصفية التركة

مــادة (٨٧٥)

١- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

٢- وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية .

الشــرح

١ـ التعريف بالميراث :

الميــراث هو أيلولة جميع حقوق الشخص المالية إثر وفاته إلى ورثته بقوة القانون ، ودون اعتداد بإرادة المورث. فالميراث يتحقق بناء على واقعة مادية هى الموت.

ويطلـق علـى الأمـوال الـتى تنتقل من المورث إلى ورثته اصطلاح " التركة" ، لأن المورث يتركها بوفاته إلى ورثته .

ويعـد الميـراث سببا لكسب حق الملكية ، كما يعد أيضا سببا لكسب بعض الحقوق المتفرعة عنها ، بالتفصيل الآتى .

ففـيما يتعلق بحق الانتفاع ، القاعدة أنه ينتهى بموت المنتفع الذى كسبه ابتداء ، فلا ينتقل إلى ورثته (م٩٩٢) ، ولكن المنتفع إذا نـزل عـن حقه للغير ، ثم مات الغير ، فإن حقه يؤول إلى ورثته مادام المنتفع الأصلى على قيد الحياة .

ويسـرى ذلـك علـى حق الاستعمال وحق السكنى فإذا نزل صـاحب حـق الاستعمال أو حق السكنى عن حقه إلى الغير انتقل الحـق بموت صاحبه الجديد إلى ورثته ، ولكن ينتهى بوفاة صاحب الحق الأصلى .

غير أنه يـلاحظ أنه لايجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى . إلا بنـاء على شـرط صريح أو مبرر قوى (م٩٩٧) .

وفـيما يـتعلق بحق الارتفاق فهو ينتقل بالميراث تبعا لانتقال ملكـية العقار إلى الوارث لأن حق الارتفاق يتقرر لمصلحة العقار المرتفق ، فلا ينقضى هذا الحق بتغيير مالك هذا العقار (١).

ويتحقق بالميراث الخلافة للوارث ، سواء كان الميراث فى كل التركة أو فى حصة منها فيكون الوارث خلفا عاما للمورث .

كمـا تتحقق الخلافة أيضا بالوصية ، وهى تختلف عن الميراث فـى أنهـا تصرف انفرادى بإرادة الموصى حيث يتلقى الموصى له المال الموصى به بمقتضى الوصية . ومن ثم يتحدد مركز الموصى له بحسب المال فإن كان مالا معينا من أموال التركة كان الموصى لـه خلفا خاصا للموصى ، وإن كان كل التركة أو حصة منها كان

---

(١) الدكـتور محمـد لبيب شنب الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ٥٣ – الدكتور منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ٤٥٨ .

الموصى له خلفا عاما ، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون الموصى له فى ذات المركز القانونى للوارث تقريبا .

غير أن الميراث والوصية يختلفان من حيث الوقت الذى تترتب فيه أحكام كل منهما كما سنرى (١).

٢ـ الحقوق التى تنتقل بالميراث :

لم يعرف قانون المواريث التركة ولم يبين الأموال التى تورث.

ومن ثم يرجع فى تعريف الأموال إلى القانون المدنى . والمال فى القانون المدنى هو الحق ذو القيمة المالية ، أيا كان ذلك الحق ، سواء أكان عينيا أم كان شخصيا (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن كون الشئ مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس مالا فلا ينتقل هو بحث فى مسألة عينية من صميم المعاملات وإذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدنى قد أحالت فى تعرف أحكام المواريث علـــى قانون الأحوال الشخصية للمتوفى فإن المراد بهذه الإحالة هو

---

(١) الدكــتور عبد المنعم الصده حق الملكية الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص ٧١٣ ومابعدها .

(٢) الدكــتور محمــد كــامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الخامس أسباب كسب الملكية " الميراث وتصفية التركة " سنة ١٣٧١ هـ ــ ١٩٥١ م ص ٤٦ وما بعدها .

أن تطـبق أحكـام القانون المحال عليه فى مسائل الإرث ، ككون الإنسان وارثا أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غـيره ، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث ذاته . أما الأشياء الـتى هـى موضوع هذا الحق فالحكم فى ثبوت ماليتها أو نفيها لا يكـون إلا تبعا لأحكام القانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كـل مـا يدخل فى دائرة المعاملات والأموال . والمال فى عرف القـانون هو كل شئ متقول نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غـيره . وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحـواس يكـون شيئا معنويا كالحقوق التى لاتدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية : وهى النفع والتقوم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا يورث ، لاحقا متصلا بشخص الشفيع ".

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

والحقـوق المالية التى تنتقل إلى الورثة هو الحقوق التى يتركها المـورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته ، فلا حق للورثة فيه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٧)

ذلك أن الحقوق المالية التى تصرف فيها المورث حال حياته وصحته تصرفا منجزا – سواء كان التصرف لأحد ورثته أو لغيرهم– لا تعتبر ضمن التركة ولاحق للورثة فيها ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث . لأن التحايل الممنوع على أحكام الإرث ، لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا، كاعتبار شخص وارثا ، وهو فى الحقيقة غير وارث ، أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة ، ولا شأن له بالتصرفات المنجزة الصادرة من المورث حال صحته لأحد من ورثته أو لغيرهم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١– " التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا

الأصـــل مـــن التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المـــورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصـــهم الشـــرعية ، ويترتـــب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصـــبتهم فـــى المـــيراث ، لأن التوريث لايقوم إلا على ما يخلفه المـــورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه ".

(طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣١)

٢- " التحايل الممنوع على أحكام الإرث ، لتعلق الإرث بالنظام العـــام ، هـــو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما كان متصـــلا بقواعـــد التوريـــث ، وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شـــخص وارثا ، وهو فى الحقيقة غير وارث ، أو العكس ، وكذلك مـــا يـــتفرع عـــن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة ، كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الـــزيادة أو الـــنقص فى حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصـــرفات المـــنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد

ورثـــته أو لغـــيرهم تكون صحيحة ، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٧)

٣- " الـــتحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو فـــي الحقـــيقة غـــير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصـــل مـــن التعامل في التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المـــورث غـــير من لهم حق الميراث شرعا الزيادة أو النقص في حصصـــهم الشـــرعية ، ويترتـــب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصـــبتهم فـــي المـــيراث ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المـــورث قبل وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه ".

(طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)

٤- " وإن كانـــت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث في الـــتركة مـــن النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يـــتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلة باطل بطلانا مطلقا

بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذى ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنـــه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصـــادر بـــرقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقد اعتبرتها تصرفا فى التركة مضـــافا إلـــى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملا من الموصى فى تركـــته المســـتقبلة بإرادتـــه المنفردة ، وقد أجيزت استثناء بموجب أحكـــام الشـــريعة الإسلامية من المبدأ القاضى ببطلان التعامل فى الـــتركة المســـتقبلة – وهى تصح طبقا للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتنفذ من غير إجازة الورثة إذا كانت فى حدود الثلث وذلك عملا بالمادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه " .

(طعنان رقما ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦)

وتعتـــبر من قبيل الحقوق المالية التى تنتقل إلى الورثة الحق فى إبطال العقد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر – مثل التصـــرف بالبـــيع – قابلة للإبطال لمصلحة القاصر – كما هو حكم المـــادة ١١١ مـــن القانون المدنى – فإن للقاصر فى حال حياته أن يباشـــر طلـــب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذ كان

موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

وموت المضرور فى الحال نتيجة الاعتداء عليه ، يلحق به ضررا ماديا ، ينتقل الحق فى التعويض عنه إلى ورثته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذا تسبب وفاة المضرور عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة ، ولا يكون المضرور فى هذه اللحظة أهلا لكسب حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم . ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته، فإن ورثته يتلقونه عنه فى تركته ، ويحق لهم بالتالى مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم الموت الذى أدى إليه الفعل الضار باعتباره من مضاعفاته . وإذا كان الموت حقا على كل إنسان إلا أن التعجيل به بفعل الغير عن عمد أو خطأ يلحق بالمضرور ضررا ماديا محققا ، إذ يترتب عليه علاوة على ما يصاحبه من آلام حرمانه من الحياة فى فترة كان يمكن أن يعيشها لو لم يعجل المسئول عن الضرر بوفاته .

وإذا كان الثابت من التقرير الطبى أن فصل مورث الطالبات من عمله - فى النيابة العامة - هو الذى أدى إلى ازدياد حالته المرضية سوءا ، وعجل بوفاته، وكان الفصل ليس له ما يبرره وتم على خلاف أحكام القانون ، فإنه يكون فعلا ضارا تتوافر به أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ومن ثم يتعين إلزام المدعى عليهما بما يستحقه المورث من تعويض عما أصابه من ضرر مادى تقدره المحكمة بمبلغ .... يوزع بين الطالبات طبقا للفريضة الشرعية " .

(الطلب رقم ٤ لسنة ٤٣ ق " رجال القضاء" جلسة ١٩٧٤/٣/٧)

٢- " إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال فإنه يكون قد حاق به عند وفاته متمثلا فى حرمانه من الحياة وينتقل الحق فى جبره تعويضا إلى ورثته " .

(طعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٣)

وحق الإيجار من الحقوق المالية التى لاتنتهى بموت المؤجر أو المستأجر إلا ما استثنى . فإذا مات المؤجر بقى المستأجر يؤدى الأجرة لورثته . وإذا مات المستأجر كان على ورثته أن يؤدوا الأجرة للمؤجر فى حدود التركة التى ورثوها من المستأجر ويمتد العقد إلى الورثة حتى نهاية مدته فقد نصت المادة ٦٠١ مدنى على أن :

"١- لاينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

٢- ومـــع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تـــتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم . وفى هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة فى المـــادة ٥٦٣، وأن يكون طلب إنهاء العقد فى مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر " .

وتـــنص المادة ٦٠٢ على أنه : " إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد "[١] .

وينـــتقل خيار العيب وخيار الشرط وغيرهما إلى ورثة المتوفى لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فى المال .

وينـــتقل أجل الدين إلى ورثة المتوفى . لأن الأجل حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعد موته إلى ورثته .

---

(١) راجع فى التفصيل مجلد الإيجار .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن من عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا فـــى انـــتقال الخيارات إلى الورثة لانتقال الأموال والحقوق المذهب الـــذى انتحاه القانون المصرى فيما جرى عليه من توريث الأموال والحقـــوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمؤمـــلات والدعاوى وآجال الديون . فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لأنه حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعـــد موتـــه إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة للشخص إذا مـــات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها ، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء مدتها . ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجزها ثم مات قبل مضى ثلاث سنين ولم يكن قد باشر فيها عمل الإحياء حل وارثه محله فى اختصاصه وأولويـــته بإحيائها . وإذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن إلـــى ورثـــته وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الديـــن . وكـــل هذا كما هو صحيح فى القانون صحيح عند الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء ، وغير صحيح عند أبى حنيفة".

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٦/٨)

٢- " إن القـــانون المصـــرى قد خلا فى النص على حكم خيار العيـــب وخـــيار الشـــرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثى

وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه . وكذلك قد خلا قانون الشـفعة مـن الـنص على حكم خيار الشفيع وهل ينتقل للورثة أو لاينـتقل . والصحيح فى هذه الخيارات أنها جميعا تنتقل قانونا إلى ورثـة من له الخيار، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجراه فـى المال. ولايغض من ذلك أن الشريعة الإسلامية فى مذهب أبى حنيفة – لاتجيز انتقال خيار الشفعة إلى وراث الشفيع " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٦/٨)

٣– " حـق الشـفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث على ماجرى به قضاء هذه المحكمة " .

(طعن رقم ٣١١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٣/٧)

أما إذا كان الحق الذى خلفه المورث ليس حقا ماليا فإنه لاينتقل إلـى الورثـة ، مثل حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال .

وكذلـك إذا كـان الحق الذى خلفه المورث ماليا ولكنه يتصل بشخصـه أو بمشيئته لا بماله . كالحق فى النفقة ، سواء كان الدائن بهـا زوجة أو قريبا ، وذلك ما لم يأذن القاضى بالاستدانة واستدين بـالفعل . وكـالحق فى الرجوع فى الهبة فهو حق متصل بشخص الواهـب ، فلا ينتقل منه إلى ورثته ، بل يسقط بموته ، وقد أكدت

هــذا المعنى المادة ٥٠٢ مدنى حيث جعلت من موانع الرجوع فى الهبة موت أحد طرفى العقد ، الواهب أو الموهوب له [1].

ومــن الحقــوق المتعلقة بشخص المورث حكم المادة الأولى من القــانون رقــم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ التى تقضى بعدم جواز الحجز على خمسة الأفدنة المملوكة للمزارع ، فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأصــل أن أمــوال المدين جميعها على ما جاء بنص المادة ٢٣٤ مــن القانون المدنى ضامنة للوفاء بديونه ، وإذ كان ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ من أنه " لايجوز التنفــيذ على الأراضى الزراعية التى يملكها المزارع إذا لم يجاوز مــا يملكــه منها خمسة أفدنه ، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقــت التنفــيذ ، جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها " يعتبر اســتثناء من هذا الضمان ، فإنه شأن كل استثناء لاينصرف إلا لمن تقــرر لمصلحته وهو المدين وإذ كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عينى يخوله تتبعها لاســتيفاء ديــنه مــنها ، بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الــوارث ، وكــان حق الدائن فى ذلك أسبق من حق الوارث الذى

---

(١) الدكــتور محمــد كــامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الخامس أســباب كســب الملكــية " الميراث وتصفية التركة" سنة ١٣٧١ هــ - ١٩٥١م ص ٤٨ – الــدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيــط الجزء التاسع الطبعة الثانية ١٩٩٢ ص ١١٢ .

لايؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين ، فإن الحكم المطعون فـيه إذ خالف هذا النظر ، وحرم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ علـى أعيان التركة استنادا إلى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحماية المقـررة بالقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بالنسبة إلى خمسة أفدنه، فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٣)

وقت انتقال الملكية إلى الورثة :

٣- (أ) رأى الفقه الإسلامى وفقه القانون المدنى:

لا خـلاف فـى فقه الشريعة الإسلامية حول وقت انتقال أموال الـتركة إلـى الورثـة إذا مات المورث غير مدين أصلا ، فيتملك الورثة أعيان التركة فور وفاة المورث.

أمـا إذا مـات المورث مدينا ، فالتركة تكون مدينه ، وهنا فقد اختلف الفقهاء فى وقت انتقال التركة إلى الورثة .

فذهـب المالكية إلى أن التركة المدينة ، سواء كانت مستغرقة بالديون أو غير مستغرقة – لاتنتقل إلى الورثة فور الوفاة قبل سداد الديون ، وإنما تبقى على حكم ملك المتوفى .

وذهـب الحنفية فى المذهب الجديد وأشهر الروايات عن أحمد بـن حنبل وبعض الشيعة الإمامية الإثنا عشرية إلى أن التركة ولو كانت مستغرقة بالدين تثبت فيها ملكية الورثة ، فتكون على ملكهم ، ولكـن الديون تكون متعلقة بها ، إذ هم خلفاء الميت ، وتتحقق هذه

الخلافــة بمجرد الوفاة، إذ الأمور لا تتراخى عن أسبابها إلا لمانع يمنع عمل الأسباب ، والموت سبب للتوريث فتتحقق الوراثة فوره ، ووجــود الديــون مــتعلقة بالتركة ، وكونها مشغولة بحاجة الميت لايمــنع تحقــق الوراثة ، إذا كان ذلك التعلق للإستيثاق من الأداء ولضمان حقوق الغرماء ، وذلك ليس بمانع من تحقق الوراثة ، كما لــم يمــنع الرهن ملكية العين المرهونة للمدين ، ومثل تعلق الديون بالتركة ، كمثل الرهن ، فهما فى الجملة سواء .

وقــد فرق الحنفية بين التركة المستغرقة بالديون والتركة غير المســتغرقة . فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، فإنها تكون كلها مشغولة بحق الميت ، فلا تنتقل بل تبقى على حكم ملكه لبقاء ذمته ببقاء حاجته فى ماله .

أما إذا كانت غير مستغرقة بالدين ، فذهب رأى فى الفقه الحنفى إلــى أن ملكية الورثة تكون من وقت الوفاة فى الجزء الذى لايقابل الديــن فالمشــغول بالدين من التركة لاتثبت ملكيتهم فيه ، بل يكون على حكم ملك الميت أو على ملكه على اختلاف تعبير الكتب [١].

---

(١) راجــع فــى تفصــيل هذه الآراء الشيخ أحمد إبراهيم التركة والحقوق المتعلقة بها مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ص ٣٥٧ ومابعدها – الشــيخ على الخفيف مدى تعلق الحقوق بالتركة مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٦ وما بعدها – الشيخ محمد أبو زهرة أحكام التركات والمواريث – دار الفكر العربى ص ٢١ وما بعدها .

ورأى الشافعية فى المذهب الجديد وأشهر الروايتين عن أحمد بـن حنـبل وبعض الشيعة الإمامية الإثنا عشرية هو الذى يرجحه المحدثون من فقهاء الشريعة (١).

ولقـد كان لهذا الخلاف أثره عند شراح القانون المدنى، فذهب بعضـهم إلى أن أموال التركة تبقى على حكم ملك المتوفى إلى أن تسدد الديون .

بينما ذهب البعض الآخر – وهو الرأى السائد حاليا – إلى أنها تكون ملكا للورثة من وقت الوفاة (٢).

ويـرجح هـذا الـرأى ما تقضى به المبادئ العامة فى القانون المدنـى ، فالأصـل أن المسببات لاتتراخى عن أسبابها إلا لمانع ، والمـوت سـبب الإرث فتتحقق الوراثة فوره وأثر الإرث هو تملك الورثة ما تركه المورث ولذا تثبت الملكية فور الوفاة بلا خلاف إذا لـم تكـنْ هناك ديون ، فإذا وجدت الديون فذلك لا يمنع من ثبوت الملـك للورثة إذ القول بتأخير انتقال الملك إلى ما بعد سداد الديون لـم يقصـد به إلا الاستيثاق لأداء الديون ، ولذلك قال أنصار هذا

---

(١) الشـيخ أحمد إبراهيم ص ٣٧٤- ١٦٩ ، ٢٠١ وما بعدها – عبد المنعم الصده نظرية الحق ١٩٤٩ ص ٦٨، ٦٩ وقد عدل عن رأيه بعد ذلك- الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق ١٩٥٧ ص٦٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٤٦١ – الدكتور محمد وحيد الدين سوار الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة ص٧١٦ – الدكتور محمد لبيب شنب الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص٥٤.

الـرأى إن الأموال تبقى على حكم ملك المتوفى أو فى ملكه ، وهو ما لا يمكن أن يكون إلا حكما مجازيا إذ يفترض استمرار شخصية المورث بعد وفاته أو استمرار ذمته كما يقال ، ويمكن الوصول إلى نفـس النتـيجة دون اللجوء إلى المجاز بأن يثبت الملك للورثة منذ تحقـق سـببه وهـو الوفاة وتبقى الديون متعلقة بالأموال الموروثة للاسـتيثاق من أداء الدين ، وليس ذلك بمانع من التملك كما لايمنع الرهـن ملكية المدين للعين المرهونة ، فتعلق الديون بأموال التركة لايخـتلف فـى الواقـع عـن تعلق الدين المضمون بالرهن بالمال المرهون[1].

٤ـ (ب) حكم قانون المواريث :

تـنص المـادة الأولى من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريـث علـى أن : " يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى ".

فالتركة طبقا لهذه المادة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، سواء كانت التركة مدينة أو غير مدينة ، وسواء كان الدين مستغرقا لهـا أو كان غير مستغرق . وذلك استنادا إلى الأسباب التى ذكرناه بالبند السابق .

---

(١) منصـور مصـطفى منصور ص ٤٦١ وما بعدها- محمد وحيد الدين سوار ص ٧١٦ .

وبذلـــك يكون قوانين المواريث قد أخذ بمذهب الشافعية الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين وبعض الشيعة الإمامية الإثنا عشرية.

ولكنـــنا سنرى أن التركة تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ١/٨٧ من القانون المدنى أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفا على شهره . والنص فى المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقـــم ١١٤ لســنة ١٩٤٦ غــير مقصود به- كما ورد فى مذكرته الإيضـــاحية - الإخـــلال بالأحكام الواردة فى القانون المدنى التى تتـــناول انتقال الحقوق بالميراث ... فالتصرف الصادر من الوارث فى حق عينى عقارى تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامـــة المقـــررة لـــنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقار تلقاه بالمـــيراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية التى يلتزم بهـــا الـــبائع ومـــن بينها الالتزام بنقل الملكية إلى المشترى واتخاذ الإجـــراءات اللازمـــة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث ، ومفهوم المواد ٢/٨٧٩، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدنى أن المشرع

المصـــرى قـــد غلـــب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالديـــن أو غـــير مستغرقة أما التزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الـــوارث لمجـــرد كونـــه وارثا إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، ..... الخ " .

(طعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٤)

٢- " المقـــرر وعلى ما جرى به قضاء النقض أن تركة المدين تنشـــغل بمجـــرد الوفاة بديون والتزامات المتوفى بما يخول لدائنيه اســـتيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم مادام أن الدين قائم لأن الـــتركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وترتيـــبا علـــى ذلـــك يكون دفع المطالبة الموجهة إلى التركة فى شـــخص الورثـــة غـــير قابل للتجزئة يكفى أن يبديه البعض منهم فيســـتفيد مـــنه البعض الآخر . وإذ قضت محكمة الاستئناف بقبول الدفـــع بانقضاء الخصومة بمضى المدة بالنسبة لبعض الورثة دون أحدهـــم- الطاعـــن- الـــذى قضى برفض الدفع بالنسبة له وبإلزام الـــتركة ممثلة فى شخصه بالدين فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩)(١)

---

(١) وقضت محكمة النقض – فى ظل القانون القديم – بأن :

ولذلك جرى قضاء محكمة النقض على أن شخصية الوارث تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته، لابذمة ورثته ، ولايقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا ، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة .

إذ قضت بأن :

١- " المعول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين وتكون العبرة بتصرف المالك الحقيقى إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

١- " إن الدين ، وإن كان مستغرقا للتركة ، لايمنع انتقالها لورثة المدين عند موته ..... الخ " .

(طعن رقم ١٠٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٧)

٢- " تصرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادرا من غير مالك ، وبالتالى سببا صحيحا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى ، ومن حيث عدم اعتباره محلا لدعوى إبطال التصرف إضرارا بدائن التركة . لكن الحكم الصادر - على هذا الأساس - بملكية المشترى للعين المبيعة لايكسبه هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى .... الخ " .

(طعن رقم ١٤١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/٢/٢٧)

٢- " من المعول عليه فى ظل القانون المدنى القديم وقبل العمل بأحكـام قـانون التسـجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ هو الأخذ بنظرية الشـريعة الإسـلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث وأنه لذلك لا محل لإجراء المفاضلة بين البيع الذى يصدر مـن المـورث والبـيع الـذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصـين مختلفين وتكون العبرة بتصرف المالك الحقيقى إذ يكون العقـد الصـادر من هذا المالك هو العقد الصحيح ولايغير من هذا الـنظر أن يكـون المشـترى مـن الوارث قد توافرت له الشروط اللازمة لاعتباره من الغير فى حكم المادة ٢٧٠ من القانون المدنى لأن إعمـال حكم انتقال الملكية بالنسبة للغير فى هذا الصدد لإجراء المفاضلة بين عقدين لايصح فى حالة بطلان أحد العقدين لصدوره من غير المالك الحقيقى ".

(طعن رقم ٢٢٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٥/٧)

٣- " شخصية الوارث- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- تعتـبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته، لا بذمـة ورثـته ، ولايقـال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا ، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عـن الـتزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة ، وتبعا لذلك لايعتـبر الوارث الذى خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قـبل وفـاة مورثه مسئولا عن التزامات هذا الأخير قبل من تعامل

معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٥٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥)

٤- " إذا كانـــت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وكانت التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة فـــإن ديون المورث تتعلق بتركته ولاتنشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لاتنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حـــدود ما آل إليه من أموال التركة ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونـــات الحكـــم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن الدعوى الحالـــية أقيمت على مورث الطاعنين بطلب فسخ عقد البيع الصادر مـــن المـــورث إلى المطعون ضده بالنسبة إلى الأطيان التى تثبت ملكيـــتها للغـــير وإلـــزام المـــورث بـــرد ثمنها ، وإذ انقطع سير الخصومة فى الدعوى لوفاة المورث ثم قام المطعون ضده بتعجيلها فـــى مواجهة الورثة (الطاعنين) بذات الطلبات فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من إلزام الطاعنين شخصيا بـــأن يدفعـــوا للمطعـــون ضده ثمن الأطيان المشار إليها ولم يحمل التركة بهذا الالتزام يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/١٩)

٥- " متى كانت شخصية الوارث مستقلة- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - عن شخصية المورث، وكانت التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، فإن ديون المورث تتعلق بتركته التى تظل منشغلة بمجرد الوفاة بحق عينى تبعى لدائنى المتوفي يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها ، ولا تنشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لاتنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة ، ويكون للوارث أن يرجع بما أوفاه عن التركة ، من دين عليها ، على باقى الورثة بما يخصهم منه كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية ، فإن كان بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن الأصلى فى مباشرة إجراءات استيفاء حقه إذا أحاله إليه ".

(طعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣٠)

٦- " إذ كان الثابت أن الطاعن قد أقام الدعوى ابتداء ضد المطعون ضده الأول والمطعون ضدها الثانية عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها قصر المرحوم .... بطلب إلزامهم بأن يدفعوا له من تركة مورثهم مبلغ ٩٥٥ جنيها إلا أن محكمة أول درجة قصرت قضاءها على الحكم بإلزام المطعون ضدها الثانية عن نفسها وبصفتها بأن تدفع المبلغ المطالب به من تركة مورثها ، وإذ كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دفع المطالب الموجهة

إلـــى الـــتركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ويكفى أن يبديه الـــبعض ليســـتفيد منه البعض الآخر ، فإن ورثة المدين باعتبارهم شـــركاء فـــى تـــركة كل منهم بحسب نصيبه إذا أبدى أحدهم دفاعا مؤثـــرا فـــى الحق المدعى به على التركة كان فى إبدائه نائبا عن الباقين فيستفيدون منه وذلك لأن التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة لما كان ذلك فإن استئناف المطعون ضدها الثانـــية للحكـــم الابـــتدائى الصادر ضد التركة يعتبر مرفوعا منها بصفتها نائبة عن باقى الورثة الذين لم يشتركوا فى الاستئناف بحيث يفيدون من الحكم الصادر فيه برفض الدعوى الموجهة إلى التركة ، وإذ كان المطعون ضده الأول وارثا فإنه يفيد من هذا الحكم ويكون النعى عليه بمخالفة القانون لقبوله الاستئناف المرفوع من المطعون ضـــده الأول- أيـــا كـــان وجه الرأى فيه - نعيا غير منتج إذ أنه لايحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية بحتة ".

(طعن رقم ٤٣٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٢٧)

٥ـ آثـار انتقال التركة إلى الـورثـة من وقت وفـاة المورث لا من وقت سداد الدين :

يترتـــب على انتقال التركة إلى الورثة من وقت وفاة المورث ، لا من وقت سداد الدين المثقلة به التركة عدة آثار من بينها :

١- تملك الورثة نماء التركة :

فـــإن الـــتركة قد تنمو فى الفترة التى بين الوفاة وسداد الديون كشجر أثمر أو زرع حصد ، ودابة سمنت أو نتجت ، وكذلك غلات الـــتركة أو خراجا لها . فإن نماء التركة يكون من حق الورثة، ولا تتعلق به حقوق الدائنين .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن الديـــن ، وإن كان مستغرقا للتركة ، لايمنع انتقالها لورثة المدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونتاجها يكون حقـــا خالصـــا للورثة فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط . وقد قال بهذا الرأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية فى تفسيره قاعدة " لاتركة إلا بعد وفاء الدين " وهو قول يتفق وأحكام القانون المدنى . فادعاء الحائـــز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لايصح الاســـتناد إلـــيه فى التمسك بقاعدة " لاتركة إلا بعد وفاء الدين " فى وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه فى التركة ، مادام الدين غير ثابت ومحل نزاع غير جدى ".

(طعن رقم ١٠٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٢)

٢- تملـــك الورثـــة ما يجد من الملك ، والذى باشر المورث أسبابه ولم يتم الملك فيها إلا بعد موته .

ومـــثل ذلك أن يكون المورث قد حفر حفرة فى ملكه ، ليصطاد فيها حيوانا فوقع فيها الصيد بعد موته ، فإنه يكون حكمه حكم سائر التركة ، فيكون ملكا للورثة كنماء الملك ، ولايتعلق به حق الدائنين.

٣- ثبوت الشفعة :

وذلـــك بـــأن يكون فى التركة حصة شائعة فى عقار ، وللميت شريك فيه ، فباع الشريك حصته ، فيكون للورثة الحق فى أخذ هذا الجزء من العقار بالشفعة (١).

٤- حـــق الورثـــة فـــى التعويض عن الأضرار اللاحقة بعقار مورثهم .

إذ يجوز للورثة بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار ضمن التركة، ولـــو قـــبل تسجيل العقار باسمهم المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بهذا العقار (٢).

٥- التصرف فى التركة وقسمتها :

يحوز لكل وارث التصرف فى نصيبه من التركة وقسمة أموال التركة مع باقى الورثة .

٦- قاعدةُ ألا تركة إلا بعد سداد الديون :

هناك قاعدة شرعية فى الفقه الإسلامى تقضى بألا تركة إلا بعد ســداد الديون . فإذا مات المورث عن دين فى ذمته بقى الدين فى تركـــته ، ولاينـــتقل إلى ورثته ، فالتركة تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد

---

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة أحكام التركات والمواريث ص ٢٨ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ١٣٨ .

(٢) محمد وحيد الدين سوار ص ٧١٩ .

أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم دون أن يكـــون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة . ولـــيس للدائنيـــن أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية ، فالتركة وحدها هى المسئولة عن ديونها ولاتختلط بأموال الوارث ، ومن ثم لاتنتـــقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد لكونه وارثا إلا فى حدود ما يؤول إليه من أموال التركة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـــؤدى أحكام الشريعة الإسلامية التى تحكم الميراث هو أنـــه حين يرث الدائن المدين فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة- لا يـــرث الديـــن الـــذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر فى الشريعة من أنه لا تركة إلا بعـــد ســـداد الديـــون مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الدائـــن حـــتى تسدد الديون التى عليها ومن بينها دينها له وبعد ذلك يـــرث الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة فلا ينقضى دينه باتحاد الذمة بالنسبة لنصيبه الميراثى " .

(طعن رقم ٢٢١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٣)

---

(١) السنهورى ص ١٢٠ - محمد وحيد الدين سوار ص٧١٦ هامش (١).

وترتيبا على ما تقدم ، لايعد الوارث حائزا للعقار المرهون من المورث فى صدد التنفيذ العقارى ، وبالتالى لا محل لإنذاره بالدفع أو التخلية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحائز فى التنفيذ العقارى الذى أوجبت المادة ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق [١] إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار هو- كما عرفته المادة ٢/١٠٦٠ من القانون المدنى – كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين، مما مؤداه – وعلى ما قررته الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن الوارث لايعتبر حائزا للعقار المرهون من المورث لأن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون وزوال الرهن، ولما كانت الطاعنة من ورثة المدين فلا تعتبر حائزة للعقار المرهون موضوع التنفيذ بحيث يلزم إنذارها كمقتضى المادة ٦٢٦ سالفة الذكر " .

(طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢)

---

(١) المادة ٤١١ من قانون المرافعات الجديد .

٧ـ الديون المستحقة على التركة :

تــنص المادة الرابعة من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على أن يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى :

(أولاً) مـــا يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن .

(ثانيا) ديون الميت .

(ثالثا) ما أوصى به من الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة ، فإذا لم يوجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتى :

(أولا) استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

(ثانيا) ما أوصى فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية فإذا لـــم يوجـــد أحـــد من هؤلاء آلت التركة وما بقى منها إلى الخزانة العامة.

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى مؤلفات شرح المواريث .

٨ـ تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدنى على أن تعيين الورثة وتحديـــد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

وقد صدر بتعين الورثة وتحديد أنصبائهم ، وما يتعلق من أحكام أخــرى مــن أحكــام الميراث القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الميراث .

ودراسة هذا القانون تدخل فى مؤلفات شرح الموارث . إلا أننا هــنا نشــير إلــى أن الأحكام الواردة بهذا القانون عامة التطبيق ، فتسرى على المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- الشــريعة الإســلامية والتقنينات المستمدة منها هى التى تنطــبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين. ولاينطــبق قــانون الملة على غير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق .

ولــم يعــد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذى يحــدد الورثــة مبدئــيا، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقيــن على قانون الملة فيطبق نهائيا ، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإســلامية . وقــد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا مخالفــة ما جرت عليه التقاليد ، من أن الشريعة الإسلامية هى التى تحدد الورثة من أول الأمر ، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا ..

وقد قضى المشروع على هذا الخلاف، فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أى فرض من الفروض .

٢- وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث ، فهي التي تعين الورثة ، وتقسمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام ، وتجرى أحكام الحجب والعول والرد ، وما إلى ذلك من أحكام الميراث ، وتحدد نصيب كل وارث ، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث . ومن هنا وجب تطبيق القاعدة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون ، وهي القاعدة التي ينظمها المشروع تنظيما عمليا في النصوص التالية "[1].

وقد قضت محكمة النقض – قبل صدور التقنين المدني الجديد ـ بأن :

" إن القاعدة الأساسية في مواريث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية ما لم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك .

والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه وهي التي أشارت لمسألة المواريث لم تنص

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٠٥ وما بعدها .

علـــى أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما فى الأمـــر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم فى الوراثـــة متى قبل كل الورثة اختصاصها أما أن يكون حكمها فيها بحســب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لايفهــم مــنها هذا بل لابد من أن يتفق كل الورثة على ذلك فيعمل باتفــاقهم الــذى هــم أحرار فيه ماداموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم " .

(طعن رقم ٩ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠)

٩- تعلق أحكام الإرث وتعيين أنصبة الورثة بالنظام العام :

أحكــام الإرث وتعييــن أنصبة الورثة مما يتعلق بالنظام العام لصــلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير الجماعة .

فـــلا يجوز الاتفاق مثلا على جعل وارث غير وارث أو العكس أو زيـــادة أو إنقـــاص نصيب أحد الورثة عن النصيب المحدد له قانونا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الاتفـــاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث

فــى كــون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشــاركه فــيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لاتلحقه الإجازة ويتاح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق ".

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)

٢- " أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فــى الشريعة الإسلامية والتى استمد منها قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير الجماعة " .

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١٦/١٤)

٣- " الــتحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو فــى الحقــيقة غــير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصــل مــن التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المــورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصــهم الشــرعية ، ويترتــب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من

أنصبتهم فى الميراث . لأن التوريث لايقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه " .

(طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)

٤- " وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل فى التركات المستقبلة باطل بطلانا مطلقا بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذى ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقد اعتبرتها تصرفا فى التركة مضافا إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملا من الموصى فى تركته المستقبلة بإرادته المنفردة ، وقد أجيزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية من المبدأ القاضى ببطلان التعامل فى التركة المستقبلة – وهى تصح طبقا للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتنفذ من غير إجازة الورثة إذا كانت فى حدود الثلث وذلك عملا بالمادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه " .

(طعنان رقما ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦)

١٠ـ شهر حق الإرث :

كـان الشارع فى التقنين المدنى القديم ومن بعده قانون التسجيل رقم ١٩/١٨ لسنة ١٩٢٣ يقصر نظام التسجيل على العقود ، وهى تبرم بين الأحياء . وكان انتقال الملكية بسبب الوفاة سواء بالميراث أو الوصـية خارجا عن نطاقه لأن الميراث واقعة مادية ، والوصية تصـرف بـإرادة منفردة وليس عقدا ، ومضافا إلى ما بعد الموت وليس بين الأحياء . وقد عمد الشارع فى قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسـنة ١٩٤٦ إلـى سـد هـذا النقص وأوجب تسجيل جميع التصـرفات فامـتد بذلك إلى الوصية ، كما أحاط بواقعة الميراث وأوجب تسجيل حق الإرث .

فـنص القانون فى المادة ١٣ منه على أنه : " **يجـب شهر حق الإرث بتسـجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غـيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هـذا التسجيل لايجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق .**

ويجـوز أن يقصـر شهر حق الإرث على جزء من عقارات الـتركة وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة " .

ويلاحظ منذ البداية أنه لا أثر لعدم شهر حق الإرث على انتقال ملكــية العقارات من المورث إلى الوارث بالوفاة ، ذلك أن الانتقال يــتم على أثر وفاة المالكَ وبالوفاة تنتهي شخصية المورث ، فيجب أن تنــتقل الملكــية فورا إلى الوارث ، فلو جعل المشرع شهر حق الإرث شــرطا لانــتقال الملكية لبقيت عقارات التركة بلا مالك في الفترة بين الوفاة والشهر .

وإنمـــا يقتصر جزاء عدم شهر الإرث على عدم جواز شهر أي تصــرف يصـــدر مـــن الوارث في حق من الحقوق التي آلت إليه بالميراث [1].

وقــد جـاء بالمذكـرة الإيضـاحية لقـانون تنظـيم الشـهر العقاري ما يأتـي :

ولعل نص هذه المادة، والمادة التي تليها (وهي خاصة بالتأشير بديــون المــورث علـــى هامش تسجيل حق الإرث) أهم ما أتى به المشـــروع المـــرفق من أحكام جديدة في صدد المحررات الواجب شـــهرها . ولـــم يكـــن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحـــررات المشار إليها في هاتين المادتين تمهيدا وتيسيرا لوضع نظـــام السجلات العينية ، إذ لوحظ في شأن هذه المحررات أن عدم

---

(١) محمد كامل مرسي ص ١٩٣ – منصور مصطفى منصور ص ٤٦٤- الدكـــتور محمـــود جمال الدين زكي دروس في الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٦ ص ٢٨٢ .

خضوعها للشهر فى الماضى كان سببا من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية فى البلاد .

وإذ كانت أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب علـى مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث ، لا على تصرف من التصرفات القانونية ، فلم يكن هناك وجه لجعل انتقال الحق إلى الوارث متوقفا على شهره . فلا يترتب إذن علـى نـص المـادة (١٣) إخلال بالأحكام الواردة فى القانون المدنـى الـتى تتناول انتقال الحقوق بالميراث . ولكن رؤى إيجاب شـهر حـق الإرث إذا تصرف الوارث فى عقار تلقاه بالميراث ، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير ، وذلك ضبطا لأصل الملكـية فـى التصرفات وتيسيرا لوضع نظام السجلات العينية كما تقدم القول .

ولهـذا تقضـى المادة (١٣) بأنه إلى أن يتم تسجيل حق الإرث لايجـوز شهر أى تصرف يصدر من المورث فى حق من الحقوق العينية العقارية .

وجديـر بالذكر أن التصرف الصادر من الوارث فى حق عينى عقـارى تلقـاه بمقتضـى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف . فإذا باع الوارث عقارا تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية التى يلتزم بها البائع،

ومــن بيــنها الالتزام بنقل الملكية إلى المشترى واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ، ومن بينها شهر حق الإرث " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفــاد نص المادة ١٣ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظــيم الشهر العقار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن المشــرع لــم يجعل شهر حق الإرث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة حتى لاتبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث، وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتــبار أن انــتقال ملكــية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقاريــة مــن المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة ، واكــتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته " .

(طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤)

٢- " شــهر حــق الإرث . ليس شرطا لانتقال الحقوق العينية العقاريــة للورثة من وقت الوفاة . عدم شهر حق الإرث . جزاؤه. مــنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى عقارات التركة دون مــنع التصــرف ذاته . م ١٣ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى " .

(طعن رقم ٣٦٨٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٧/٢٨ – غير منشور)

١١ـ لا يلزم شهر كل عقارات التركة :

واضـــح مـــن نـــص المادة (١٣) أنه لايلزم شمول الشهر لكل عقارات التركة ، فيجوز أن يقتصر الشهر على جزء من العقارات، وعـــندئذ يعتـــبر الجزء الذى يتم الشهر بالنسبة إليه وحدة تبنى على أساســـها تصرفات الورثة، بمعنى أن تتحدد سلطة التصرف فى هذا الجـــزء كمـــا لـــو كان هو كل التركة فلا يكون لكل وارث سلطة التصرف إلا فى نصيبه فى هذا الجزء .

١٢ـ من الذى يقوم بشهر حق الإرث ؟

تنص المادة ٤٨ من قانون تنظيم الشهر العقارى(مستبدلة بالقانون رقـــم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) على أن يقدم الطلب الخاص بشهر الإرث للمأموريـــة الـــتى يقع العقار فى دائرة اختصاصها ويجب أن يكون موقعـــا من الوارث طالب الشهر أو من يقوم مقامه أو من ذى شأن وأن يشـــتمل على اسم المورث ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وديانته وجنســـيته ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته وأسماء ورثته وألقابهم وســـنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم والبـــيانات المتعلقة بالعقار والحقوق العينية المقررة عليه والبيانات الخاصـــة بالتكلـــيف وبأصـــل ملكية المورث وذلك وفقا للبنود ثالثا وخامسا وسادسا وسابعا من المادة ٢٢ " .

وبين من هذه المادة أن طلب شهر حق الإرث يقدم من :

١- الوارث ، فهو غالبا صاحب المصلحة فى تسجيل حقه .

ويقــوم مقامه فى إجرائه النائب القانونى عنه إذا كان غير ذى أهلية .

٢- كــل ذى مصــلحة ذلك أن اصطلاح " ذوى الشأن" الوارد بالمادة يتسع هنا لكل ذى مصلحة فى إتمام إجراءات الشهر .

ومن ثم يجوز للمتصرف إليه من الوارث كالمشترى والمرتهن لعقــار مــن عقــارات الــتركة طلب شهر حق الإرث إذ أن شهر التصــرف الصادر للغير يستلزم حتما شهر حق الوارث ، وبالتالى إذا لــم يكــن الوارث قد قام بشهر الإرث فعلا كان للمتصرف إليه طلب شهر حق الإرث على العقار موضوع التصرف تمهيدا لشهر تصرفه .

وممــا يجــدر التــنويه إليه أنه يجوز للمتصرف إليه أن يلزم الوارث الذى تصرف إليه ، بشهر حق الإرث حتى يتمكن من شهر التصرف الصادر إليه [1].

٣- الدائــن : إذ للدائن مصلحة فى شهر حق الإرث ليتمكن من التأشــير بدينه على هامش الشهر حفظا لحقه فى مواجهة من يتلقى حقــا عينيا على عقارات التركة . فقد يضار الدائن من انتظار قيام

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٩٣ .

الـــوارث بشـــهر حق الإرث ، وقيامه باتخاذ هذا الإجراء بمناسبة التصرف فى عقار من عقارات التركة ، فيباغت الدائن بسبق شهر هــذا التصــرف قــبل أن يتنبه إلى شهر حق الإرث ، وبذلك يفلت العقار من تتبع الدائنين [١].

١٣- الأوراق التى يجب إرفاقها بطلب شهر حق الإرث :

يجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث الأوراق الآتية :

(١) الإشـــهاد الشـــرعى أو الحكـــم أو غير ذلك من المستندات المثبتة لحق الإرث .

(٢) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن وجد .

(٣) كشـــوف رسمية عن عقارات المورث مستخرجة من دفاتر التكليف وضريبة العقارات المبنية .

(٤) ســـندات ملكية المورث للعقارات المذكورة على أن يراعى فـــى شأنها حكم المادة ٢٣ . فإذا تعذر تقديمها فتتبع الأحكام الواردة فى المادة (٢٣ مكررا) ، وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث فيرفق بالطلب المستند المثبت لحق الإرث (م٤٨) .

---

(١) الدكـــتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد – الجزء الثانى أسباب كسب الملكية ١٩٥٥ ص ٥٩٨ .

والمادة ٢٣ التى أشارت إليها المادة ٤٩ تنص على أن :

" لايقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا لأحكام المادة السابقة إلا :

(١) المحررات التى سبق شهرها.

(٢) المحـــررات التى تتضمن تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت تم قبل العمل بأحكام هذا القانون .

(٣) المحـــررات الـــتى تثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى .

(٤) المحـــررات التى تحمل تاريخا سابقا على سنة ١٩٢٤ إذا كـــان قـــد أخـــذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون فى محررات تم شهرها أو نقل التكليف بمقتضاها لمن صدرت لصالحه .

وذلـــك كلـــه بشرط عدم تعارض هذه المحررات مع مستندات المـــالك الحقيقى (هذه الفقرة الأخيرة مضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) .

والمادة ٢٣ مكررا (المضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) تقضى بأنه إذا كان أصل الملكية أو الحق العينى محل طلب الشهر لايســـتند إلـــى أحد المحررات المنصوص عليها فى المادة السابقة وطلـــب صاحب الشأن إسناده إلى وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكـــية ، فعلى المأمورية تحقيق وضع اليد للتثبت من مدى توافر

شـــروطه وفقـــا لأحكـــام القانون المدنى ثم تحيل الطلب إلى مكتب الشهر مشفوعا برأيها .

وتتولى لجنة تشكل بمكتب الشهر برياسة أمين المكتب وعضوية أقدم اثنين من الأمناء المساعدين والأعضاء الفنيين النظر فى الطلب والاعتراضـــات المقدمة بشأنه، وتصدر قرارها مسببا بقبول الطلب أو رفضه .

وتبيـــن اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى تحقيق وضع الـــيد ، والمستندات الواجب تقديمها وطرق النشر والإعلان وكيفية الاعتراض أمام اللجنة .

ويســـتحق على الطلب رسم نسبى قدره (١%) من قيمة العقار أو الحـــق العيـــنى موضوع الطلب ، فضلا عن مصروفات النشر والانتقال .

ولاتســـرى أحكـــام الفقرات السابقة على العقارات المنصوص علـــيها فى المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ولا الأراضى الفضاء . كمـــا لاتخـــل أحكـــام هذه المادة بحق ذوى الشأن فى الالتجاء إلى القضاء العادى للمنازعة فى موضوع الطلب .

وتـــنص المـــادة ٢٤ (المستبدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) على أن يؤدى رسم قدره مائتا قرش عند تقديم الطلب .

ويعتـــبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة مـــن تاريخ قيد الطلب وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انـــتهاء الســـنة الأولـــى بأسبوعين طلبا بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب .

١٤ـ شهر حق الإرث بدون رســوم :

تـــنص الفقـــرة الأولـــى من المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقـــارى على أن شهر حق الإرث يتم بدون رسم . وقد قصد من ذلك حث الورثة على شهر حق الإرث .

وهـــذا لايعفـــى الوارث طالب الشهر من دفع الرسوم الفرعية وهـــى رســـوم التصـــوير ورسوم الحفظ ، لأن هذه الرسوم مقابل خدمات تقوم بها الهيئة التى تباشر إجراءات الشهر لمصلحة الوارث نفسه ، فضلا عن أنها رسوم بسيطة لاتؤدى إلى إرهاق الورثة .

ودفعـــا لأى لـــبس صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٨ يضيف فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ تجرى على أن : " كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التسجيل على المحررات المتعلقة بشهر حق الإرث".

ولمـــا صدر القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشـــهر قسم الرسوم إلى ثلاثة أنواع : رسم مقرر – رسم حفظ – رسم نسبى .

ونــص فى المادة ٣٣ منه على ألا يؤدى رسم نسبى على شهر الإرث ، ونــص فى المادة ١٦ منه على أنه يؤدى رسم الحفظ على المحــررات المشــار إليها فى المادة (١٥) – ومن بينها المحررات واجبة الشهر – ولو كانت غير خاضعة للرسم النسبى .

١٥ـ قــيـد حــق الإرث فــى القــانــون رقــم ١٤٢ لســنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى :

لايســرى قــانون نظام السجل العينى إلا على الأقسام المساحية الــتى يصــدر قرار من وزير العدل بسريانه عليها . ويحدد القرار الــتاريخ الــذى يبدأ منه هذا السريان . على أن يكون هذا التاريخ لاحقــا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل (م٢/١ من قانون الإصدار) .

ويســتمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العينى فيها طبقا لأحكام الفقرة السابقة (م٢/٢من قانون الإصدار) .

وتنص المادة (٣٠) من قانون نظام السجل العينى على أنه يجب قــيد حــق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية بقيد الســندات المثبــتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث وإلى أن يتم هذا القيد لايجوز للوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق .

ويكــون قيد حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفــروض علـــى نقــل الملكية أو الحق العينى . وتبدأ مدة خمس الســنوات بالنســبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار .

وتنص المادة ٤٦ على أن تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العيــنى الــتى يقــع العقار فى دائرة اختصاصها وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية .

ونــورد فمـــا يلى الفرق بين نظام شهر حق الإرث فى قانون تنظــيم الشهر العقارى وبين قيد حق الإرث فى قانون نظام السجل العينى :

١- جعلــت المـــادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى عقارات التركة .

ومفاد ذلك أن تصرف الوارث فى عقارات التركة جائز ، ولكن يكون شهره فقط غير جائز.

أمـــا المادة ٣٠ من قانون نظام السجل العينى فترتب على عدم قــيد حق الإرث ، جزاء أشد ، هو عدم جواز تصرف الوارث فى أى عقار من عقارات التركة .

٢- أجـــاز قـــانون الشهر العقارى قصر شهر حق الإرث على جــزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة .

أمـــا قـــانون نظام السجل العينى فلم ينص على هذه الرخصة ، ومـــن ثـم فهـــو يستلزم قيد حق الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة .

٣- يـــنص قانون تنظيم الشهر العقارى فى المادة ١٣ منه على أن شـــهر حـــق الإرث فى أى وقت يكون بدون رسوم - بالتفصيل الـــذى ذكـــرناه سلفا أما فى قانون السجل العينى فلا يقبل القيد بعد فـــوات خمـــس سنوات من تاريخ وفاة المورث أو بعد فوات خمس ســـنوات بالنســـبة إلـــى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشـــار إلـــيه فـــى المادة الثانية من قانون الإصدار ، إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العينى .

٤- التسجيل فى قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة . أما القيد فى السجل العينى فله هذه الحجية . وعلى هذا نصت المادة ٣٧ من قانون نظام السجل العينى بقولها :

"يكـــون للســـجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولايجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل" [١].

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلسة ١٩٩٨/٦/٦ فى القضـــية رقـــم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية " دستورية" بعدم دستورية ما نصت عليه المادة المذكورة من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل ، وسقوط نص المادة ٣٨ من قانون السجل العينى (الحكم منشور ببند ٢٦٧) .

١٦ـ تنظيم حماية حقوق دائنى التركة :

ينظم التقنين المدنى طريقين لحماية حقوق دائنى التركة هما :

الطريق الأول :

طـــريق الإجـــراءات الجماعـــية ، وهو ما يطلق عليه التصفية الجماعية للتركة . وتنظمه المواد (٨٧٦- ٩١٣ مدنى) .

الطريق الثانى :

طريق الإجراءات الفردية .

وتنظم هذا الطريق المادة ٩١٤ مدنى ، وتكملها نصوص قانون وتنظم الشهر العقارى وقانون تنظيم السجل العينى .

وسنعرض للطريقين المذكورين فى شرح المواد التالية .

---

(١) السنهورى ص ٢٥٧ وما بعدها .

تعيين مصف للتركـة :

مـادة (٨٧٦)

إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصـف لهـا ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختـيار المصـفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء .

الشـــرح

١٧ـ التصفية الجماعية :

الأصـل أن تـتم تصفية التركة ، بأن يحصل كل صاحب حق تعلـق بها على حقه ، بإجراءات فردية ، فيعمل كل دائن من دائنى المورث على استيفاء حقه من أموال التركة ، ما بقى منها فى أيدى الورثـة ومـا تصرفوا فيه . الأمر الذى قد يترتب عليه من الناحية الواقعية أن يتميز دائن على غيره نتيجة السبق فى اتخاذ الإجراءات، مـع أنهم جميعا من الناحية القانونية فى مركز واحد، كما قد يبادر بعـض الورثة إلى التصرف فى أعيان التركة ، ويصلون بهذا من الناحية الواقعية إلى الحصول على أكثر مما يستحقونه . وقد يتعامل بعـض الأشـخاص مـع الورثة بشأن أعيان التركة ، ثم يضارون بسبب تنفيذ الدائنين على هذه الأعيان فى أيديهم .

وقد استحدث المشرع فى التقنين الحالى نظاما لتصفية التركات تصــفية جماعية ، تهدف إلى حماية مصالح جميع ذوى الشأن من الورثـــة والدائنيــن والغــير (المواد ٨٧٦- ٩١٣) ونظرا إلى أن التصــفية الجماعية تنطوى على إجراءات طويلة ونفقات كبيرة فهى لاتصـــلح إلا للــتركات الكبيرة إذا كثرت الحقوق التى لها والديون التى عليها أو إذا تباينت عناصرها بحيث تتطلب حصرا دقيقا (١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى :

" أوجد المشروع من الموضوعات الجديدة ما كان ينقص التقنين الحــالى أشد النقص . من ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين .... والموضــوعان الجديــران بــأن ينوه بهما تنويها خاصا هما تنظيم الإعسار وتصفية التركات " (٢).

كمــا جاء بها : " ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصــل لتصفية التركات ، فإن إغفال هذا النظام فى التقنين المدنى الحــالى أوقــع القضـــاء والفقــه فى كثير من الارتباك، وقد أراد المشــروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص تنظم بها تصفية التركة وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدث " (٣).

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٤٦٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٢٠١ .

١٨- التصفية الجماعية للتركات لاتعتبر من مسائل الأحوال الشخصية :

التصــفية الجماعية للتركات التى نظمها التقنين المدنى لاتعتبر مـــن مسائل الأحوال الشخصية ، بل تتعلق بالأموال ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

" أحكـــام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لاتعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فى القضايا المتعلقة بها – ذلك أن انـــتقال المـــال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال ، وقد أورد القانون المدنـــى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية ، ونص فى الفقـــرة الثانـــية مـــن المادة ٨٧٥ منه على اتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الإجراءات التى يحصـــل بهـــا الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نطاق القـــاعدة الشـــرعية التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون– ولايغـــير مـــن هـــذا النظر ما أوردته المواد ٩٣٩و ٩٤٠ و ٩٤٧

ومابعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ تحـت عنوان " فى تصفية التركات " ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجـراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، لأن هذه الأحكام إنمـا أريـد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية".

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/١٦)

١٩ـ نظام التصفية الجماعية اختيارى :

ذكـرنا سلفا أن التصفية الجماعية – وكما سنرى– تنطوى على إجراءات طويلة ونفقات كبيرة . وأن ذلك يؤدى إلى إرهاق التركات الصـغيرة ، ولذلـك تـرك المشـرع أمر تعيين المصفى لمشيئة المورث أولا ، ولرغبة ذوى الشأن ثانيا ، ولتقدير القاضى أخيرا– كما سنرىٰ – وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أنه : "أما المصفى فقد يعينه المورث وإلا عينه القاضى ، وتصفية التركة من طـريق تعييـن مصـف لهـا أمر اختيارى لذوى الشأن وللقاضى .... الخ "[1].

---

(١) مجموعـة الأعمـال التحضيرية جـ٦ ص ٢٠١ – محمد وحيد الدين سوار ص ٧٣١ وما بعدها .

٢٠ـ حالة عدم تعيين المورث وصيا للتركة :

إذا لم يعين المورث وصيا لتركته كان لذوى الشأن طلب تعيين مصفيا للتركة برفع دعوى بالإجراءات المعتادة [١].

والمقصود بذوى الشأن كل ذى مصلحة فى هذا الطلب ، وبالأخص دائنى التركة العادبين الذى يعنيهم مصير التركة أكثر ممن عداهم [٢].

وكذلك الوارث أو الموصى له [٣].

وللقاضى أن يجيب طلب تعيين المصفى أو رفضه ، إذ رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفيته منظمة ، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها، فقد وضع نظام التصفية ، لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شئونها ، فالإجراءات التى نظمها المشرع فى هذا الصدد ، إنما تكفل إصلاح ما ينشأ عن

---

(١) السنهورى ص ١٦٦- وعكس ذلك محمد كامل مرسى ١٦٠ فيذهب إلى أنه يؤخذ من نص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٩ من القانون المدنى التى تقول " على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام .... " أن طلب تعيين المصفى لايقدم فى صورة صحيفة دعوى ، بل يتخذ شكل الأوامر على العرائض ، فهو من سلطة القاضى الولائية ، لا القضائية .

(٢) محمد على عرفه ص ٦١٩ .

(٣) عبد المنعم الصده ص ٧٥٠ .

اخـــتلاف الورثـــة على تصفية التركة أو إهمالهم فى ذلك من كبير ضرر .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى أنه :

" فلكـــل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد ، وللقاضى أن يجيـــب الطلب ، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلـــى تصـــفية منظمة ، إما لانعدام الديون ، أو لتفاهتها، أو لتفاهة التركة نفسها " [١].

أمـــا إذا رأى القاضى تعيين مصفى للتركة ، واتفق ذوو الشأن علـــى تعييـــن شخص معين مصفيا سواء كان وارثا أو غير وارث تعيـــن علـــى المحكمة تعيينه مصفيا ، ولاتستطيع تعيين غيره ولو عارض فى اختياره الدائنون أو الموصى لهم .

أما إذا لم يجمع الورثة على اختيار أحد ، عينت المحكمة بنفسها المصـــفى ، ويكون من الورثة بقدر المستطاع ، وذلك بعد أخذ رأى الورثة .

ولاتتقـــيد المحكمة برأى الأغلبية فى تعيين الوصى ، فللمحكمة أن تعيـــن المصفى الذى اختارته الأقلية دون الذى اختارته الأغلبية، كمـــا لها ألا تأخذ برأى الأغلبية أو الأقلية وتعين مصفيا غير الذى اختارته ، لأن المحكمة لاتتقيد إلا بالإجماع [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٠١ .

(٢) السنهورى ص ١٦٧ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٦ .

٢١- المحكمة المختصة بتعيين المصفى :

كـــان مشـــروع المادة ٨٧٦[١] يتضمن نصا يجعل الاختصاص بتعييـــن المصفى " للقاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمـــورث". إلا أن لجـــنة القانون المدنى حذفت هذه العبارة وأحلت محلهـــا عـــبارة " عينت المحكمة " لأن قانون المرافعات هو الذى يـــتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان ، وقد وافق المجلس على ذلك [٢].

وبإعمـــال قواعـــد قانون المرافعات ، تكون المحكمة المختصة قيمـــيا بتعييـــن المصفى هى المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة التركة

---

(١) وكانت برقم (٩٤٥) .

(٢) وفيما يلى المناقشات التى دارت باللجنة فى هذا الخصوص :

" تليـــت المـــادة ٩٤٥ التى تحدد المحكمة التى لها حق تعيين المصفى للـــتركة إذا لـــم يعيـــن المورث وصيا لتركته ، فاعترض عليها سعادة العشـــماوى باشا من حيث تضمنها قاعدة خاصة بقانون المرافعات إذ لا لزوم لإقحام قواعد هذا القانون فى القانون المدنى خصوصا وأن مشروع قانون المرافعات الخاص بالأحوال الشخصية فى طريقه إلى البرلمان .

قرار اللجنة :

وافقت اللجنة على وجهة نظر سعادة العشماوى باشا ورأت حذف عبارة " عيـــن القاضـــى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث إذا رأى" والاستعاضة عنها بعبارة " عينت المحكمة إذا رأت" وتعليل ذلك أن المحكمـــة المختصـــة يـــتكفل بهـــا قانون المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٠٩ وما بعدها) .

لاتجــاوز عشــرة آلاف جنــيه [١]، وتكون المحكمة المختصة هى المحكمة الابتدائية إذا جاوزت قيمة التركة هذه القيمة (م ٤٢، ٤٧ مرافعات) .

أما المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى ، فهى المحكمة التى يقــع فــى دائرتها آخر موطن للمورث ذلك أن المادة ٥٣ مرافعات تقضــى بــأن : " الدعاوى المتعلقة بالتركات التى ترفع قبل قسمة الــتركة مــن الدائــن أو مــن بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى " ولئن كانــت تصــفة التركة لاتدخل فى نطاق حرفية هذه المادة ، إلا أنه يؤخــذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر فى المسائل المتعلقة بالــتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هى المحكمة التى يقع فى دائــرتها محــل افتتاح التركة أى التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث [٢].

---

(١) وإن كانت هذه التركات لاتصفى فى الغالب لتفاهة قيمتها .

(٢) السنهورى ص ١٦٥ وما بعدها .

مـــادة (٨٧٧)

١- لمـــن عيـــن مصـــفيا أن يرفض تولى هذه المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها وذلك طبقا لأحكام الوكالة .

٢- وللقاضـــى أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامـــة أو دون طلـــب ، عزل المصفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك .

الشـــرح

٢٢- رفض المصفى تولى المهمة :

لايجـــبر المصـــفى علـــى تولى مهمة التصفية ، فله أن يرفض توليها إذا صدر أمر من القاضى بتثبيت الوصى الذى عينه المورث أو إذا كان القاضى هو الذى قام بتعيينه .

٢٣- تنحى المصفى عن مهمته بعد توليها :

المصـــفى وكـــيل عن الورثة ، ومن ثم له أن يتنحى عن مهمة التصفية بعد قبولها ، شأنه فى ذلك شأن كل وكيل .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـــه :

" والمصـــفى وكيل عن الورثة ، فله أن يرفض تولى المهمة ، وله أن يتخلى عنها بعد قبولها ، شأنه فى ذلك شأن كل وكيل "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢١٨.

٢٤ـ عزل المصفى :

كما أن القاضى هو الذى يعين المصفى ، فهو الذى يملك عزله.

ويعزل القاضى المصفى إما بناء على طلب أحد ذوى الشأن – وقد سبق تعريف ذوى الشأن – أو النيابة العامة أو دون طلب .

وقد أضيف حق النيابة العامة فى طلب عزل المصفى حال مناقشة مشروع المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد جاء بتقرير اللجنة أنه " قد روعى فى التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه " .

وتثبت سلطة القاضى فى عزل المصفى ، سواء كان المصفى هو الوصى الذى عينه المورث أم عين بإجماع الورثة أم كان مختارا من القاضى [١].

ويعزل المصفى إذا توافر ما يبرر عزله كعدم كفايته أو عدم أمانته أو إهماله أو تقصيره [٢].

وقد اعتبرت محكمة النقض أن المصفى الذى أسقط بعض أعيان التركة من قائمة الجرد وتقاعس عن تنفيذ الحكم الذى يلزمه بتعديلها ، وعدم إيداعه حسابا عن نتيجة إدارته لأموال التركة ، كل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٢١٨ – محمد كامل مرسى ص ١٦١.

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٧ .

ستة أشهر ، فى قلم كتاب المحكمة ، تنفيذا للحكم الذى عينه مصفيا، يكون قد ارتكب أخطاء فى تنفيذ مهمته توجب عزله.

إذ قضت بتاريخ ١٩٦٣/٥/١٦ فى الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٨ ق بأن :

" وحيث إن الحكم الابتدائى بنى قضاءه بعزل الطاعن على أمرين: أولهما – عدم اضطلاعه بقائمة الجرد كما يجب وأن ما أهمل الطاعن فى إدراجه فى القائمة وصدر الحكم المعارض فيه بتعديل القائمة – قد رفع عنه الطاعن استئنافا قضى برفضه واستدل الحكم بذلك على أنه انتوى السير فى المهمة فى غير الطريق السوى. وثانيهما- أنه كلف فى الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٤٧٢ سنة ١٩٥٢ كلى مصر بأن يودع قلم الكتاب كل ستة أشهر حسابا عن نتيجة إدارته لأموال التركة. ولم ينفذ ذلك كما تدل الشهادة الرسمية المؤرخة ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ وقد استعصى بذلك على باقى الورثة ملاحظة أموال التركة وما يجرى بشأنها- وانغلق الباب على من يريد العلم بحالها حتى يمكن محاسبته على الوفاء بديون التركة – وقد أخذ الحكم المطعون فيه بهذه الأسباب. وقال فى خصوص الأمر الثانى إن دعوى التصفية لاتزال حتى اليوم خالية من كشف الحساب رغم مضى ستة أعوام سويا على هذا الحكم ، وفى هذا وحده ما يكفى لعزله إذ لا مراء فى أن

المستأنف قد أراد بهذا الامتناع أن يحول بين شريكتيه وبين مراقبة عملـه مراقبة صحيحة . وأنه رغب فى ترك الأمر مجهلا إلى ما شـاء الله مـع أن القـيود التى فرضها عليه الحكم الصادر بتعيينه مصـفيا قصد بها وضعه تحت مراقبة الشركاء والمحكمة فى وقت واحـد ومنعه من التلاعب – ومادام أنه لم يحفل بهذه الشروط فقد حـق علـيه العزل – ومن حيث إنه عن الدعوى رقم ١٢٦٤ سنة ١٩٥٤ كلـى مصر وما قيل من إيداع قائمة الحساب وأوراقها فقد بـان مـن كتابين بعث بهما مكتب الخبراء الحكومى التابع لوزارة العدل أن المصفى لم يكن حتى يوم ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٦ قد أودع شيئا من الكشوف المطلوبة منه – وكان هذا التأخير من جانبه سببا فى تأجيل العمل ولقد دل هذا على عدم صدق الرجل فى كل خطوة مـن خطـوات دفاعه – والسيدتان ليستا ملزمتين بالتنقيب عن هذا الحسـاب فى دعوى غير التى أمر الحكم بإيداعه فيها – وهذا الذى أقام عليه الحكم المطعون فيه قضاءه لا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ولا إخـلال فـيه بدفاع الطاعن – ذلك أن ما قرره فى شأن مسلك الطاعن فى قضية تعديل قائمة الجرد إنما يستند إلى الحكم الابتدائى الصـادر فـى تلك الدعوى . إذ يبين منه أن الطاعن قد دفعها بعدم قبولها شكلا وبسقوط الحق فى رفعها كما طلب وقف السير فيها ثم تمسـك بعدم قبول الاعتراضات المقدمة من المطعون عليها الثانية

لتقديمها بعد الميعاد- وقد استدلت محكمة الموضوع بحق على أن هذا المسلك من الطاعن فيه التواء عن الطريق السوى- فلم تكن بحاجة إلي ضم تلك الدعوى وضم قضية الاستئناف الخاصة بها- وما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه فيما ورد به بخصوص استئناف الحكم الصادر بتعديل قائمة الجرد هو نعى عار من الدليل لأن الطاعن لم يقدم الحكم الاستئنافى الصادر فى هذا الشأن - وكذلك استدلت المحكمة عن خطأ مكتب الخبراء المرسل إلى المحكمة الابتدائية فى دعوى الحساب رقم ١٢٦٤ سنة ١٩٥٤ كلى مصر والذى لم يجحده الطاعن أنه قد تراخى فى تقديم الكشوف المطلوبة منه حتى تاريخ ذلك الخطاب فى ٦ من سبتمبر سنة ١٩٥٦ . واعتبرت هذا إخلالا من الطاعن بواجباته . وفى هذا الذى قررته فى هذا الخصوص ما يحمل الرد الضمنى على طلبه ضم دعوى الحساب ومحاضر أعمال الخبير- ولما كانت الأسباب التى ساقتها المحكمة لتبرير عزل الطاعن علي ما سبق بيانه - سائغة ومقبولة وكافية لحمل الحكم فلا سبيل إلى الجدل فى ذلك أمام محكمة النقض لتعلقه بأمر موضوعى .

وتنحى المصفى عن نظر الدعوى أمر يتعلق بشخصه ولا مصلحة للخصوم فيه . ولم يوجب القانون اختصام الدائنين فى دعوى عزل المصفى أو استبدال غيره به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "تنحى المصفى عن نظر الدعوى أمر يتعلق بشخصه ولا مصلحة للخصوم فيه " .

٢- " إذ تنص المادة ٢/٨٧٧ من القانون المدنى على أن "للقاضى إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب عزل المصفى واستبدال غيره به متى وجدت أسباب مبررة لذلك " - وكان لايوجد فى نصوص القانون ما يوجب اختصام الدائنين فى دعوى عزل المصفى أو استبدال غيره به، بل تكفل القانون المدنى- بما استحدثه من أحكام نظم فيه تصفية التركات وإجراءاتها - بصيانة حقوق الدائنين ولو ظهروا بعد تمام التصفية وجعل لهم باعتبارهم من ذوى الشأن الحق فى طلب عزل المصفى واستبدال غيره به متى وجدت أسباب مبررة . فإن الحكم المطعون فيه إذا التزم هذا النظر وأقام قضاءه على أن دعوى عزل المصفى لاتمس نظام التصفية فى شئ وإنما هى تتعلق بشخص المصفى وما هو منسوب إليه ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فيها قياما على أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكا لأقل الأنصبة فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/١٦)

مــادة (٨٧٨)

١- إذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين .

٢- ويســرى علــى وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام .

الشرح

٢٥ـ وجوب تثبيت الوصى الذى عينه المورث للتركة :

قــد يــرى المــورث تعيين وصيا لتركته . فعندئذ يقتصر دور القاضــى على أن يقر هذا التعيين فيأمر بتثبيت الوصى المعين من قبل المورث .

ولايجــوز للورثــة أو الدائنين أن يعارضوا فى تثبيت الوصى الذى يعينه المورث .

٢٦ـ سريان الأحكام التى تسرى على المصفى الذى تعينه المحكمة على الوصى الذى يعينه المورث :

تسرى على الوصى الذى يعينه المورث وتأمر المحكمة بتثبيته، مايســرى من أحكام على المصفى الذى تعينه المحكمة ، وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢١٧ .

مـادة (٨٧٩)

١- علـى كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين ، وبتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية .

ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل .

٢- ويكـون لقـيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حـق الغـير الـذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ .

الشـرح

٢٧ـ قـيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام :

متى قام القاضى بتعيين المصفى على النحو المتقدم ، أو قضى بتثبيت الوصى الذى عينه المورث ، وجب على كاتب المحكمة من تلقـاء نفسـه قـيد أمر التعيين أو التثبيت فى اليوم الذى صدر فيه الأمـر. ويكـون القـيد فـى سجـل عام يرتب على حسب أسماء

المورثين . ويقيد فى هامش السجل ما يصدر فى شأن المصفى من عزل أو تنازل (١).

ولهــذا القــيد أهمية كبرى فهو الذى يكفل إعلان أن التركة قد خضــعت لإجراءات التصفية ، وهو الذى يحدد الوقت الذى تصبح

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٢١٨ – ويــرى الــبعض أنه كان من الأوفق أن يتم شهر هذه الأوامر فى نفس الســجلات المخصصـــة لشهر حقوق دائنى التركة طبقا للمادة ١٤ من قــانون الشــهر العقارى ، حتى لا يختلط الأمر على الباحث عن حالة الــتركة ، فيضطر للاستيثاق من حالتها إلى استخراج شهادة بذلك من أكــثر من جهة واحدة . فتكليف كاتب المحكمة بحفظ سجلات عامة لقيد الأوامــر الصــادرة بتعييــن المصفين وبتثبيت أوصياء التركة يعود بنا القهقــرى إلــى تعدد جهات الشهر الذى كان مثار الشكوى قبل صدور قــانون الشهر العقارى ، واستطرد أنه لفت النظر إلى هذه الظاهرة التى لم تكن محل اعتبار عند مناقشة المشروع فى مجلس النواب لعدم صدور قــانون الشــهر عندئذ ، وأشار بوجوب تعديل الفقرة الأولى من المادة ٨٧٩ بحيــث تصــبح " علــى كاتب المحكمة أن يبلغ مأمورية الشهر المختصة يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيت أوصياء الــتركة للتأشير بها فى هامش تسجيل السندات المتصلة بحق الإرث أو لتســجيلها إن لم يكن حق الإرث قد أشهر بعد " (محمد على عرفه ص ٦٢٠) . ويقول الدكتور السنهورى ص ١٦٨ هامش (١) : إنه إذا كانت هــذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات الشهر فى مسائل التركات ، إلا أنهــا مــن جهة أخرى تقتضى أن يتم شهر أمر تعيين المصفى فى مكاتب للشهر فتتعدد بتعدد عقارات التركة ، إذا كانت هذه العقارات تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد .

فيه التصفية جماعية فيمتنع اتخاذ أى إجراء فردى . فيستطيع الدائن إذا مـــات مدينه الوقوف عما إذا كانت التركة قد أخضعت للتصفية الجماعـــية فلا يتخذ إجراء فردى أم لا ، عن طريق الاطلاع على هذا الدفتر الأبجدى الذى يرتب بأسماء المورثين كما يتسنى له العلم باسم المصفى وما إذا كان قد تنحى أو عزل ومن حل محله [١].

٢٨ـ أثر قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة على أن يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شـــأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤. والمادة المذكورة – كما سنرى- تنص على أنه إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن يـــنفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصـــل التصـــرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون .

والتأشـــير المنصـــوص علـــيها فى المادة ٩١٤ هو تأشير دائن الـــتركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث – كما سنرى- ومن ثم فإنه يترتب على قيد الأمر أثران هامان هما :

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٩٨ – محمد وحيد الدين سوار .

أولاً : يمتنع على الورثة من وقت قيد الأمر التصرف فى أموال التركة أو استيفاء ما للتركة من ديون إما مباشرة أو بطريق غير مباشر عن طريق المقاصة .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٨٨٤) .

ثانيا: لايجوز لدائنى التركة من وقت قيد الأمر اتخاذ أى إجراء على التركة أو الاستمرار فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفى .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٨٨٣) .

مـــادة (٨٨٠)

١- يتسـلم المصـفى أمـوال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصـفيتها بـرقابة المحكمة . وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته .

٢- ونفقـات التصـفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية ".

الشــرح

٢٩ـ تسلم المصفى أموال التركــة

يجــب على المصفى بمجرد تعيينه او تثبيته حسب الأحوال أن يتسـلم أمـوال التركة ممن يحوزها ، كوارث أو قريب للمتوفى أو وديع أو مصرف ليتولى تصفيتها تحت رقابة المحكمة التى عينته .

كمـا يتسـلم أوراق المتوفى ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقـه وديونه ، ويتولى سداد الديون . وذلك كله طبقا للإجراءات التى تبينها المواد التالية .

٣٠ـ أجـر المصفـى :

تـنص الفقرة الأولى من المادة على أن للمصفى أن يطلب من القاضى الذى قام بتعيينه أجرا عادلا على الجهد الذى يبذله والوقت الذى ينفقه فى مهمته . وتلزم التركة بهذا الأجر ويستوى أن يكون المصفى وارثا أو غير وارث ولاشك أن تقدير الأجر يخضع لتقدير القاضى ، ويراعى فيه ضخامة التركة أو تعدد عقاراتها وتباعدها.

وقد قضت محكمة النقض – فى ظل العمل بأحكام الكتاب الرابع مـــن قانون المرافعات الملغى- أن اختصاص المحكمة التى عينت المصـــفى بتعييـــن أجر للمصفى لايحجب اختصاص قاضى الأمور الوقتـــية بإصــــدار أمر على عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصفى .

إذ قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٠/٣/٢٦ فى الطعن رقم ٦٤٩ لسنة ٤٢ ق بأن :

" أجـــازت المـــادة ٨٨٠ من القانون المدنى لمصفى التركة أن يطلـــب من المحكمة الابتدائية التى عينته أجرا على قيامه بمهمته ، وأن ذلـــك لايحجـــب اختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر علـــى عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصفى عـــن الأعمـــال التى قام بها ، وهو اختصاص مقرر بصريح نص الفقـــرة الخامســـة من المادة ٩٥٠ من قانون المرافعات (بخصوص تصـــفية الـــتركات) الواردة فى الفصل الثالث من الباب الثالث من الكـــتاب الـــرابع المضـــاف بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بشأن الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية " [١].

---

(١) وعكـــس ذلك طعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧ إذ جاء به :

٢١ـ نفقات التصفية :

تـــنص الفقرة الثانية من المادة على أن نفقات التصفية تتحملها التركة .

فالـــتركة هـــى الـــتى تـــتحمل نفقـــات التصفية ، وهى تشمل المصـــروفات القضائية لتعيين المصفى وقيد الأمر بتعيينه ، وشهر حـــق الإرث ، ومصروفات الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الـــتركة ، كوضـــع الأختام أو ايداع النقود ومصروفات الإعلانات المخـــتلفة لدعوة دائنى التركة أو مدينيها للتقدم بما لهم من حقوق أو علـــيهم مـــن ديـــون ، ومصروفات الجرد والفصل فى المنازعات المتعلقة به،ومصروفات التصفيةمن بيع للأموال واستيفاء للحقوق ،

" مـــؤدى نص المادة ٨٨١ من التقنين المدنى الجديد أن ما يجب اتخاذه مـــن الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة " المقدم لها طلب التصفية وليس من قاضى الأمور الوقتية ، وليس أقطع فى الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المســـتعجلة منوطة " بالمحكمة" لا بقاضى الأمور الوقتية ، من أنه ناط بالمحكمة اتخاذ تلك الإجراءات ليس فقط بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، بل إنه أيضا خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفســـها ودون طلب ما – وهو أمر لايتصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية " .

ومصـــروفات تسليم أموال التركة ، بعد الوفاء بالديون إلى الورثة ، ويدخل فيها أخيرا أجر المصفى الذى تحدده المحكمة له [١].

ويكـــون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية . أى المرتبة الأولى من حقوق الامتياز العامة ، وهذا أمر ظاهر فإن نفقات التصفية . بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية ، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل .

ولاتشـــمل المصروفات ، مصروفات قسمة أموال التركة ، بعد ســـداد ديونها ، وإنما تسرى على هذه المصروفات ما يسرى على مصـــروفات القســـمة بوجه عام . لأن القسمة لاتدخل فى إجراءات التصـــفية ، هـــذه الإجـــراءات الـــتى تنـــتهى بتسوية ديون التركة وصيرورة التركة خالية من الديون .

---

(١) الســـنهورى ص ١٨٠ومابعدهـــا – محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٠ ومابعدها .

مـــادة (٨٨١)

علـــى المحكمـــة أن تـــتخذ عـــند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتــياطات المســتعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلـــب أحـــد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما .

ولهـــا بوجـــه خـــاص أن تأمـــر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة .

الشـــرح

٣٢ـ إجراءات المحافظة على التركة .

يجـــب علـــى المحكمـــة المختصة أن تتخذ جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ويكون ذلك بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كالوارث والدائن أو بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة إذا رأت المحكمة ما يقتضى ذلك.

ومـــثل ذلـــك أن تأمـــر المحكمـــة بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالـــية والأشـــياء ذات القيمة فى خزانة المحكمة أو فى جهة أمينة أخرى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فالقاضـــى يـــتخذ جمـــيع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظـــة على التركة ، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن ، أو

بـــناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسه ، كأن يأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة فى جهة أمينة " [١].

وقد رأينا فى البند السابق أن محكمة النقض ذهبت فى حكم قديم لها صادر بتاريخ ١٩٥٩/١٢/١٧ فى الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٥ ق إلـــى أن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الـــتركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية ولـــيس مـــن قاضـــى الأمور الوقتية ، إلا أنها عدلت عن ذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٠/٣/٢٦ فى الطعن رقم ٦٤٩ لسنة ٤٢ ق وذهبـــت إلـــى أن اختصـــاص المحكمـــة المذكورة بالإجراءات التحفظـــية لايحجـــب اختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصفى ، إذ لـــو كان هذا الاختصاص لقاضى الأمور الوقتية لكان اختصاصه باتخاذ الإجراءات التحفظية قياسا على ذلك .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٢٢ .

مـــادة (٨٨٢)

١- علـــى المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتســديد نفقــات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته ، وعلــيه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثــته حتى تنتهى التصفية ، على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث .

٢- وكــل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية .

الشـــــرح

٣٣ـ تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد **نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه.**

وكانــت الفقــرة الأولـــى مـــن المادة – كما وردت بالمشروع التمهيدى- تنص على أن يقوم المصفى فى الحال بالصرف من مال الـــتركة " على تجهيز الميت" إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب استبدلت بالعبارة السابقة عبارة " لتسديد نفقات تجهيز الميت" ذلـــك أنه فى الغالب الأعم يكون تثبيت المصفى أو تعيينه بعد دفن

الميــت فــلا يكون ثمة محل للصرف " على تجهيز الميت "[١] ، وبناء على هذا التعديل يقوم المصفى بتسديد نفقات تجهيز المورث إلى من أداها من أقاربه أو غيرهم [٢].

وبــناء علـــى ذلك أصبح لا محل للقيد الوارد بمذكرة المشروع التمهــيدى مــن أن يكـــون صرف المصفى من مال التركة على تجهيز الميت (إن أدركه قبل الدفن) .

وكانـــت الفقــرة الأولـــى من المادة – كما عدلتها لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب – تقصر الصرف من مال التركة " لتسديد نفقــات تجهــيز الميت " إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضـــافت إلى الفقرة " ونفقات مأتمه " إلى " نفقات تجهيز الميت " لأن تجهيز الميت لايشمل هذه النفقات [٣].

وجعلـــت الفقــرة الأولـــى تسديد النفقات المذكورة بحسب حالة المــورث ، والمقصـــود بذلك حالته المالية و الاجتماعية والعرف الجارى بالنسبة لأمثاله .

وألـــزم الـــنص المصفى بأداء هذه النفقات ، لأن نفقات تجهيز الميت ومصاريف مأتمه مقدمة على غيرها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٢٢وما بعدها.
(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٣٠١ .
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٢٣ وما بعدها .

٣٤- استصدار أمر من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة لمن كان يعولهم المورث :

تنص الفقرة الثانية من المادة فى عجزها على أنه يجب على المصفى أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية .

فيشترط لصرف النفقة المذكورة توافر شروط ثلاثة :

الشرط الأول :

أن يكون المنفق عليه وارثا :

فإذا كان الشخص الذى يعوله المورث ليس وارثا فلا نفقة له ، وذلك حق ، لأن النفقة واجب شخصى ينتهى بوفاة الواجب عليه ، فنفقة الأقارب واجب شخصى على القريب الموسر لقريبه المعسر العاجز ، فإذا مات انتهى ذلك الواجب ،فإذا كان له أخ يعوله، والأخ ليس بوارث لوجود الإبن فلا يستحق نفقة ، وكذلك إذا كانت له زوجة مسيحية وهو مسلم ولم يوصى لها لاتعطى نفقة لأنها لاترث، وإن كان يعولها فى حياته [١].

ويأخذ حكم الوارث صاحب الوصية الواجبة [٢].

---

(١) محمد أبو زهرة ص ٧٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٢٣ .

الشرط الثانى :

أن يكون المنفق عليه ممن يعولهم المورث حال حياته :

يشترط بالإضافة إلى الشرط الأول وهو كون المنفق عليه وارثا للمتوفى ، أن يكون المتوفى يعوله حالة حياته . فإذا كان للمورث ابن لايعوله لكونه غير عاجز عن الكسب، فلا يأخذ النفقة .

وينتقد البعض هذا الشرط لأن الوارث الذى كان المورث لايعوله قد يكون فى حالة عسر شديد ، وفى ذات الوقت هو مالك لجزء من التركة ، وقد يكون هو المنفرد بالإرث فيها ، ومع ذلك لا يأخذ النفقة الضرورية منها وبالتالى لا يأخذ الوارث الفقير نفقة من ماله، لأن القانون اشترط لمن تجب له نفقة ماله أن يكون الميت يعوله (١).

الشرط الثالث :

أن يستصدر المصفى أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف النفقة :

يشترط أن يصدر بهذه النفقة أمر من قاضى الأمور الوقتية، بناء على طلب المصفى .

وكان نص الفقرة الأولى من المادة – كما وردت بالمشروع التمهيدى- تنص على استصدار الأمر من قاضى الأمور المستعجلة،

---

(١) محمد أبو زهرة ص ٧٤- محمد كامل مرسى ١٦٥ وهامش (١) .

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جعلت صدور الأمر من قاضـــى الأمـــور الوقتية ، لأنه أيسر وأسرع حيث لايقتضى الأمر رفع دعوى بل يكتفى بطلب يقدم للقاضى ويؤشر عليه [١].

٣٥- تقدير النفقة :

النفقة التى نصت عليها المادة هى "النفقة الكافية بالقدر المقبول". وهى تخضع لتقدير المصفى تحت رقابة قاضى الأمور الوقتية .

٣٦- خصم النفقة من الميراث :

تخصـــم النفقة التى تعطى للوارث الذى كان يعوله المتوفى من نصيبه فى الإرث قبل تسلمه .

٣٧- اختصاص قاضى الأمور الوقتية بالمنازعات المتعلقة بالنفقة :

يخـــتص قاضـــى الأمور الوقتية بالمنازعات المتعلقة بالنفقة ، ومـــثل هذه المنازعات اعتراض باقى الورثة أو الدائنين على فرض الـــنفقة المؤقتة لعدم توافر شروط استحقاقها أو لزيادتها على النفقة الواجبة ، أو اعتراض الوارث الذى تقررت له النفقة على مقدارها طالبا زيادتها .

ويكون فصل قاضى الأمور الوقتية فى هذه المنازعات نهائيا.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٢٢ وما بعدها .

مــادة (٨٨٣)

١- لايجــوز مــن وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يــتخذ الدائــنون أى إجــراء علــى التركة ، كما لايجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفى .

٢- وكــل توزيع فتح ضد المورث ولم تقفل قائمته النهائية ، يجــب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن .

الشــرح

٣٨ـ عـدم اتخـاذ الدائـنين أى إجراء على التركة من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى :

من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية كما تقدم . وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة لدائنى التركة، فلا يســتطيع هؤلاء اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعا ، بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصفى باعتباره وكيلا عن الورثة فى التصفية الجماعية .

وكــل توزيــع فــتح ضد المورث حال حياته ، ولم تقفل قائمته النهائــية ، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، حتى يتم حصر

ديـــون الـــتركة جميعا وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض وتسوى الديون جملة واحدة [١].

وهذه التسوية تتم فى التركة الموسرة بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بجرد التركة وإذن المحكمة بالسداد بالنسبة للديـــون التى لم يقم فى شأنها نزاع أو بعد الفصل نهائيا فى النزاع بالنســبة للديـــون الـــتى توزع فيها (٨٩١) . أما بالنسبة للتركة المعســرة فتـــتم تسوية الديون جميعا ، أى حتى ما لم يقم فى شأنها نـــزاع ، بعـــد الفصـــل نهائيا فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة[٢]. وبذلك يضمن المشرع المساواة بين كافة الدائنين .

---

(١) مذكـــرة المشـــروع التمهيدى مجموعـــة الأعمـــال التحضيرية جـــ ٦ ص ٢٢٧- وكانـــت الفقـــرة الأولى من المادة – كما وردت بالمشروع التمهـــيدى- تـــنص علـــى أن : " وكذلـــك لايجوز الحصول على حق اختصـــاص على العقارات الموجودة فى التركة" ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٢٥ وما بعدها " ، ولكن نصت على هذا الحكم المادة (٢/١٠٨٥ مدنى) بقولها " ولايجوز للدائـــن بعد موت المدين أخذ الاختصاص على عقار فى التركة " . لأنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المســـاواة فيما بينهم ، فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين ، كرهن أو امتياز أو اختصاص .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٤٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " استحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاما لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة ، فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية ، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

٢- " ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى اتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لايفقد الورثة أهليتهم ولايحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفى ما هو إلا

نائـــب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضـــاء وفحـــص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى إدارتها نـــيابة عـــنهم ، وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفيا للتركة قد اختصـــم فـــى الدعويين للحكم بإلزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضـــده منها وأنه حمل لواء المنازعة فى تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصـــم اختصـــاما صحيحا يتفق مع صفة النيابة التى أسبغها عليه القـــانون عن التركة ويكون الحكم الصادر فى هاتين الدعويين قد صدر ضد التركة فى مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانونى لها".

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٣)

غير أن هذا لايخل بحق الدائن صاحب حق التقدم قانونا كالدائن المرتهـــن أو صـــاحب حق الامتياز من استيفاء حقه فى المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين .

مــادة (٨٨٤)

لايجــوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة ، كما لايجوز له أن يســتوفى مــا للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصا بدين التركة .

الشـــرح

٣٩ـ حظـر تصرف الوارث فى مال التركة قبل تسلم شهادة التوريث :

يترتب على قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أو بتثبيت وصى التركة ، أن يمتنع على الورثة التصرف فى مال التركة رغم كونهم ملاكــا لهــذه الأموال ، حتى تكون التصفية شاملة لجميع عناصر التركة ، ومن ثم لايحوز للوارث من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصــفى أن يتصــرف فــى مال من أموال التركة حتى تسلم إليه شهادة التوريث [١]. فإذا صدر مثل هذا التصرف كان غير نافذ فى حــق سائر من تعلقت حقوقهم بالتركة سواء كانوا ورثة أو موصى لهــم أو دائنين . ويستطيع المصفى أن يتجاهل هذا التصرف ويسير

---

(١) وهــى الشهادة التى وفقا للمادة ٩٠١ تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

فـــى إجــراءات التصــفية علـــى اعتبار أن المال الذى ورد عليه التصرف مازال باقيا فى التركة [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أمـــا الورثة فلا يجوز لأحد منهم أن يتصرف فى مال التركة قـــبل أن تســـلم إليه شهادة التوريث، أى بعد تصفية الديون . وهذه المسألة الأساسية فى إجراءات التصفية هىالتى تحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين تحقيقا عمليا ... الخ " [٢].

كذلك لايجوز للوارث أن يستوفى دينا من ديون التركة ، سواء كـــان ذلـــك بـــأن يستوفى الوارث الدين من المدين مباشرة أو كان بطريق المقاصة بأن يجعل الوارث دينا عليه قصاصا بدين التركة . وتـــتحقق هذه الصورة الأخيرة إذا كان مدين المورث دائنا للوارث، حيـــث لايجـــوز للوارث فى هذه الحالة أن يتمسك قبله بالمقاصة . وفـــى الحالـــة العكسية ، وهى حالة ما إذا كان دائن المورث مدينا للـــوارث ، لايســـتطيع هـــذا الدائـــن كذلك أن يتمسك قبل الوارث بالمقاصـــة ، ويرجع ذلك إلى أنه لايجوز إجبار الوارث على الوفاء مـــن مالـــه الخـــاص بدين على المورث ، ذلك أن دائنى المورث

---

(١) عـبد المـــنعم الصـــده ص ٧٥٥ – محمود جمال الدين زكى ص٢٩٨ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٢٢٨ .

يحصر ضمانهم فى أموال تركته ، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة [١]

فشأن التركة التى تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التى تصفى تصفية جماعية ، وشأن المصفى هو شأن أمين التفلسية، وكمـــا تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" مفاد نصوص المواد ٨٤٤، ٨٩٩ ، ٩٠٠ ، ٩٠١ من القانون المدنـــى أن الـــوارث لايتصـــل أى حق له بأموال التركة مادامت التصفية قائمة " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٥٦ .

مـــادة (٨٨٥)

١- علـــى المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال الـــتركة مـــن الوســـائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعلـــيه أيضـــا أن يـــنوب عـــن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى مالها من ديون .

٢- ويكـــون المصفى ، ولو لم يكن مأجورا مسئولا مسئولية الوكيل المأجور . وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية .

الشـــرح

٤٠ـ اتخـاذ المصـفى الوسـائل التحفظـية والقـيام بأعمـال الإدارة :

يجـــب على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال الـــتركة من الوسائل التحفظية ، كتجديد قيد رهن يضمن دينا للتركة فـــى ذمـــة الغـــير ، وقطع تقادم يسرى لمصلحة الحائز للعقار فى التركة ثم يرفع دعوى الاستحقاق عليه ، وايقاع حجز تحفظى على مســـتأجر لعقار فى التركة تأخر فى دفع الأجرة . وإذا كان للتركة ديـــن فى ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين فى ذمة شـــخص ثالـــث ، كان على المصفى أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين .

وقد تقتضى التركة إدارة أموالها ، فيجب على المصفى أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، كإيجار عقارات التركة وقبض أجرتها وجنى المحصولات بالأراضى الزراعية فيها وبيعها .

ومـن أعمـال الإدارة المألوفة أن يقوم المصفى بقبض الديون المستحقة للـتركة والتى تكون قد حلت وأن ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تقتضـى التصـفية من جانب المصفى أن يقوم بإدارة التركة مؤقـتا حتى تتم تصفيتها فيتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظـية ، كقيد رهن أو تجديد قيد أو إيقاع حجز تحفظى أو قطع تقـادم . ويقـوم بمـا يلـزم من أعمال الإدارة كقبض الغلة وجنى المحصول وبيعه والإيجار لمدد قصيرة وتجديد الإيجار ، وهو الذى يسـتوفى مـا للـتركة من ديون كما تقدم ، وينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها .... الخ" (٢) .

---

(١) السـنهورى ص ١٨٨ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص٣٠٢ وما بعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٣٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا عيــن المــورث اثنين من ورثته منفذين لوصية فإنه يجوز لأحدهما أن يمثل الآخر فى اتخاذ إجراء فى الميعاد المعين له بمـــا يدفع ضررا عن التركة وهو ما لا يحتاج الأمر فيه إلى تبادل الرأى . وإذن فمتى كان أحد منفذى الوصية قد طعن بطريق النقض فـــى الحكــم الصادر ضد مصلحة التركة فإن الدفع بعدم قبول هذا الحكـــم لانفراد أحد المنفذين بالتقرير به دون الآخر يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٣٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/١٢)

٢- لما كانت دعوى الشفعة كى تكون مقبولة يتعين رفعها على الــبائع والمشـــترى وإن تعددوا وكان أحد المطعون عليهم هو أحد أوصـــياء الـــتركة البائعيـــن وقد اختصم فى الدعوى أمام المحكمة الابتدائـــية ومحكمـــة الاستئناف فإنه يتعين لقبول الطعن أن يعلن به المطعون عليه المذكور ولايغير من ذلك أن يكون الورثة ممثلين فى الطعن أو أن يكتفى فيه بإعلان باقى أوصياء التركة " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

٣- " مـــتى تعدد أوصياء التركة البائعين للأطيان المشفوع فيها ولـــم يرخص بانفرادهم فى العمل فإن اختصامهم فى دعوى الشفعة

هــو مما يلزم معه تبادل الرأى فيما بينهم ، وكان عليهم أن يعملوا مجتمعين وذلك وفقا للمادتين ٢/٨٨٥، ٧٠٧ من القانون المدنى" .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

٤- " إذا كان الطاعن لم يودع صورة رسمية من الحكم الصادر بتعييــن مصـــفيا لتركة المرحومة .... ولم يقدم هذه الصورة حتى حجز الطعن للحكم ، وكان لايغنى عن ذلك مجرد الإشارة إلى رقمه أو تقديــم صـــورة عرفـــية مـــنه حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتســـتطيع أن تقــف على مدى صفة الطاعن فى النيابة عن التركة وتمثــيلها فى هذا الطعن وفقا للمادة ١/٨٨٥ من القانون المدنى فإن الطعن يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفه ".

(طعن رقم ٣٣٨٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٨)

٤١- مســئولية المصفى ولو لم يكن مأجورا مسئولية الوكيل المأجـور :

يكــون المصـــفى ، ولو لم يكن يكن مأجورا ، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور . وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية .

وقد نصت على مسئولية الوكيل المادة ٧٠٤ مدنى بقولها : "١- إذا كانــت الوكالـــة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .

٢- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد ".

راجـــع فـــى تفصيل مسئولية الوكيل بالأجر مجلد (عقد الهبة- عقد الصلح - عقد الوكالة) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " .... وفـــى هـــذا مســـئول مسئولية الوكيل المأجور ، أى ملـــتزم ببذل عناية الرجل العادى حتى ولو لم يكن مأجورا بالفعل، بـــأن لـــم يطلب من القاضى تقدير أجر له . ويعمل برقابة القاضى. ولهـــذا أن يطالـــبه بـــتقديم حســـاب عن إدارته فى مواعيد دورية يحددها"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٣٠ .

مــادة (٨٨٦)

١- على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهــم فــيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديــون وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.

٢- ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيســى لمركــز البولــيس فــى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعــيان، وفــى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطــن للمــورث ، وفــى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار .

الشــرح

٤٢ـ توجيه المصفى تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها :

أوجــب النص على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينــيها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم مــن ديون ، ذلك أن المصفى قد لايتيسر له بالوسائل الأخرى التى ســنراها الوقــوف على كافة دائنى ومدينى التركة حتى يتمكن من إجــراء التصــفية على الوجه الأكمل، فحرص على أن يعلم الكافة ببدء إجراء التصفية .

ولكى تتحقق العلانية التى ينشدها المشرع نص على ثلاثة طرق لنشر هذا التكليف :

١- لصـــق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القـــرية الـــتى توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيسى لمركز الشرطة فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان .

٢- لصـــق التكلـــيف فـــى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائـــرتها آخر موطن للمورث ، باعتبار المحكمة الجزئية أقرب من آخر موطن للمورث من المحكمة الابتدائية .

٣- نشـــر التكلـــيف فـــى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار . ولم يضع النص ترتيبا معينا لهذه الطرق ، يجب اتباعه فى القيام بتوجيه التكليف [١].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٠٤ - كان المشروع التمهيدى ينص فى الفقرة الثانية من المادة على أنه " يجب أن يلصق التكليف على باب آخر محـــل كان موطنا للمورث أو على باب آخر محل كان مقرا لأعماله ، وعلـــى الـــباب الرئيس لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة ، وعلى الباب الرئيسى لديوان كل من المركز والمديرية أو لديـــوان المحافظـــة التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان ، وعلى اللوحات المعـــدة لنشر الإعلانات داخل جميع المحاكم التى بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التى تقع بدائرتها أعيان التركة، ويجـــب أن ينشر التكليف فى الجريدة الرسمية وفى ثلاث من الصحف اليومـــية الكبرى " . فرأت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذف الفقرة الثانية ، وتعديل الفقرة الأولى من المادة على الوجه الآتى : على

المصفى أن يوجه تكليفا عينيا لدائنى التركة ومدينيها ينشر فى صحيفتين مــن الصـــحف اليومية الكبرى بدعوهم فيه أن يقدموا بيانا بما لهم من حقــوق ومـــا عليهم من ديون ، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف ... وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دار نقاش حول إرجاع الفقرة الثانية التى حذفها مجلس النواب ، فذهب رأى إلـــى إرجاعهـــا واختصار إجراءات النشر واللصق التى تنص عليها ، ورأى ذهـــب إلى عدم إرجاعها ، لأن إجراءات اللصق على باب العمدة وغير ذلك من الأمكنة فيها تشهير بالمورث .

وأخـــيرا رأت اللجنة إبقاء الفقرة الأولى من المادة بالصيغة التى تقدمت بهـــا الحكومـــة ، ولم تقر مجلس النواب على حذف الفقرة الثانية ، بل عدلـــتها تعديـــلا يوجب أن يلصق التكليف على باب مقر العمدة ومركز البولـــيس والمحكمة الجزئية وأن ينشر فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار ، حتى تكون إجراءات الشهر محققة من الناحية العملية للغـــرض الذى توخـــاه النص (مجموعة الأعمـــال التحضيرية جـــ ٦ ص٢٣٢ ومابعدها) .

ولذلك جاء بالمشروع التمهيدى ما يأتى :

" هذه سلسلة من النصوص تبسط إجراءات جرد التركة وهى تتكون من الحلقات الآتية :

١- تكلـــيف علنى يوجهه المصفى لدائنى التركة ومدينيها ، ليقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، فى ظرف ثلاثة أشهر من آخر تكليف ينشر . ولما كان محتملا أن يكون المصفى غير عالم بكل الدائنين والمدينين ، لذلك يجب عليه أن يلصق التكليف فى جهات معينة . موطن المـــورث ، ومقر العمدة ، وديوان المركز أو المديرية أو المحافظة التى تقع فى دائرتها أعيان التركة ، ولوحة الإعلانات بمحكمة موطن المورث ومحكمة أعيان التركة ، والجريدة الرسمية ، وثلاث من الصحف اليومية

وكـــل ما استلزمه ألا تقل المهلة التى تحدد فيه عن ثلاثة أشهر مـــن تـــاريخ نشره آخر مرة ، وإذن يجب أن يحدد المصفى ميعادا لـــتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور فى المرات الأولـــى مـــن النشر ، بحيث لايقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة .

الكبرى " مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٣٢ ومابعدها – ص ٢٤١ وما بعدها) .

مـــادة (٨٨٧)

١- علـــى المصـــفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشـــهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال، وعليه أيضا أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع.

٢- ويجـــوز أن يطلـــب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك .

الشـــــرح

٤٣- إيداع المصفى قائمة بما للتركة وما عليها قلم الكتاب :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمـــة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة ومـــا عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال وهذا الإجراء هو الإجراء الثانى لجرد التركة .

وعلى المصفى أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن كالورثة والدائنين بحصول هذا الإيداع .

وأجازت الفقرة الثانية من المادة للمصفى أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إعـداد قائمـة الجـرد : عندما تتجمع لدى المصفى البيانات اللازمـة عن حقوق التركة وديونها فى ظرف ثلاثة أشهر من نشر التكليـف العلنى السابق الذكر ، تعد قائمة تبين ما للتركة من أعيان وأمـوال وحقوق وما عليها من ديون ، وتشتمل القائمة على تقدير لقيمة هذه الأموال ... الخ " [١].

والمصـفى غالـبا مايطلـب مد هذا الميعاد لأن جمع البيانات اللازمـة لإعداد القائمة يتطلب ثلاثة أشهر كما ذكرنا سلفا، ومن ثم فـإن المصفى لايكون أمامه لإعداد القائمة وتقديمها إلى قلم الكتاب وإعلانهـا إلى ذوى الشأن إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان بفـرض أنـه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائنى التركة ومدينيها وتمكن كذلك من نشره فى أول يوم عين فيه .

ولذلك جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومـتى تـم للمصـفى إعداد قائمة الجرد وجب عليه تقديمها للقاضى فى ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه ، وكذلك إعلانها إلى كل ذى شأن ، أى للورثة ولدائنى التركة ولمدينيها وللموصى لهم ، فـى نفس الميعاد . ولما كان جميع البيانات اللازمة لإعداد القائمة يتطلـب ثلاثة أشهر كما تقدم ، فإن المصفى لا يكون أمامه لإعداد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٤٢ .

القائمـــة وتقديمهـــا إلى القاضي وإعلانها إلى ذوى الشأن إلا شهر واحـــد مـــن وقـــت ورود آخر بيان ، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائنى التركة ومدينيها ، وتمكن كذلك من نشره فى أول يوم عين فيه . فإن ضاق به هذا الميعاد ، كان له أن يطلب إلى القاضي مدة إذا وجدت ظروف تبرر ذلك " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٢٤٢ وما بعدها .

مــادة (٨٨٨)

١- للمصــفى أن يســتعين فى الجرد وفى تقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة .

٢- ويجــب علــى المصــفى أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المــورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان ، وعلى الورثة أن يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها .

الشــرح

٤٤ـ استعانة المصفى بخبير :

أجــازت الفقرة **الأولى** من المادة **للمصفى** أن يستعين **فى الجرد** وفــى تقديــر أمــوال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصــة، ذلك أن أعيان التركة من منقولات وعقارات تدخل فى بند الحقوق ومن ثم لزم تقويمها لتحديد قيمتها .

٤٥ـ ما يجب على المصفى الرجوع إليه وإثباته :

يجب على المصفى ما يأتى :

١- الرجوع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته، ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث وديونه معتمدا على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث .

٢- الــرجوع إلى السجلات العامة ، للوقوف على ما هو ثابت بهــا مــن حقــوق وديــون ، كالتسجيلات أو القيود أو التأشيرات الموجودة فى مكاتب الشهر العقارى وتكاليف الأراضى الزراعية.

٣- ما يصل إلى علمه : يجب على المصفى أن يثبت فى جرد أموال التركة ما يصل إلى علمه الشخصى عنها من أى طريق كان، لمعلومــات يستقيها من المصارف أو الشركات التى يكون المورث على صلة بها ، أو من عماله ومستخدميه .

٤- مــا يــبلغه به الورثة : يجب على المصفى أن يستعين فى الجــرد بمــا يــبلغه به الورثة من ديون على التركة وحقوق لها ، ولايقتصــر الأمر على ما يبلغه به الورثة ، وإنما للمصفى أن يسأل الورثة عن معلوماتهم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".. وهو على كل حال يستعين بأوراق المورث ، وبما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون (كتكاليف الأطيان وسجلات العقود والتسجيلات بالمحاكم) . وعليه أن يدرج فى قائمة الجرد ما يتبيــن مــن كــل هذه الأوراق ، وعليه أيضا أن يسأل الورثة عن معلوماتهم . وعلى الورثة أن يدلوا بكل ما يعلمونه ، كما يجب على

كـــل شـــخص لديه معلومات عن حالة التركة أن يتقدم بها للمصفى تحت مسئوليته "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٤٢ .

مـــادة (٨٨٩)

يعاقـــب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال التركة ولو كان وارثا .

الشـــرح

٤٦ـ عقوبة الاستيلاء غشا على شئ من مال التركة :

تعاقـــب المادة بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال التركة ولو كان وارثا .

فيخضـــع لهذه العقوبة من كان فى حوزته قبل وفاة المورث أو بعدهـــا مالا من أموال المورث ، سواء كان وارثا أو موصى له أو مـــن الغـــير ولم يبلغ عنه بنية تملكه، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه .

وهـــذا لايخـــل بتوقـــيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد، كعقوبـــة السرقة ، إذا كان هناك محل لذلك . أما مجرد الإهمال فى التبلـــيغ أو تعمـــد عدم التبليغ ما دام غير مصحوب بالاستيلاء على مـــال الـــتركة ، فلا يدخل فى مدلول لفظ " استولى " الذى استعمله المشرع فى المادة[١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٧٢ – محمد على عرفه ص ٦٣٠.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد نصت المادة ١٣٢١ من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبـــة التـــبديد ، توقع على كل من استولى غشا على مال التركة حتى لو كان وارثا ، فمن كان فى يده مال التركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه وقعت عليه عقوبة التبديد حتى لو كان وارثا . وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه ، وهذا لا يخل بتوقيع عقوبـــات أخرى أشد من عقوبة التبديد ، كعقوبة السرقة ، إذا كان هـــناك محل لذلك . أما مجرد الإهمال فى التبليغ عن أموال التركة أو تعمـــد عـــدم التبليغ ، مادام غير مصحوب بالاستيلاء على مال التركة ، فلا يدخل فى حكم المادة ١٣٢١ " (١).

وعقوبـــة جريمة التبديد هى الحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لاتجاوز مائة جنيه مصرى (م ٣٤١ عقوبات) .

وعقوبـــة الحبس حدها الأدنى ٢٤ ساعة وحدها الأقصى ثلاث سنوات (م ١٨) عقوبات .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٤٢.

مادة (٨٩٠)

١- كل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقا بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال الثلاثين يوما التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد .

٢- وتجرى المحكمة تحقيقا ، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها . ويصح التظلم من هذا الأمر وفقا لأحكام قانون المرافعات .

٣- وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال .

الشرح

٤٧- المنازعة فى صحة الجرد :

إذا كان هناك منازعة فى صحة الجرد ، كالمنازعة التى يتقدم به دائن فى قيمة حقه ، أو مدين فى صحة دينه ، أو وارث فيما كان يجب إثباته من أعيان التركة أو كان ينبغى إغفاله من ديونها ، أو موصى إليه فى مقدار ما أوصى له به ، فكل هذه المنازعات يجب لقبولها رفعها من صاحب الشأن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويـــأتى بعـــد ذلك تحقيق المنازعات فى الجرد ، فكل منازعة يـــتقدم بها دائن فى قيمة حقه ، أو مدين فى صحة دينه ، أو وارث يـــدل على أعيان للتركة لم تثبت وكان يجب إثباتها ، أو على ديون أثبـــت وكـــان يجـــب إغفالها ، أو نحو ذلك من المنازعات ، يجب تقديمهـــا بعريضة من ذوى الشأن فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت إعلانه بقائمة الجرد " (١).

٤٨ـ شكل المنازعة :

المســـتفاد من نص المادة أن المنازعة فى صحة الجرد ترفع – ليس إلى المحكمة المختصة – بل بعريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتـــية ويصـــدر فى شأن المنازعة أمرا ولائيا عملا بالمادة ١٩٤ مـــرافعات ، ومن ثم فإن المقصود بلفظ " المحكمة " الوارد بالمادة ٨٩٠ مدنـــى سالف الذكر هو قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة وليس المحكمة بكامل هيئتها (٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفـــاد نـــص المادة ٨٩٠ من القانون المدنى أن المنازعة فى صحة الجرد – وما تجريه المحكمة ابتداء فى شأن عريضتها– هو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٤٣ .

(٢) السنهورى ص ٢٠٢ منصوز مصطفى منصور ص ٤٧٤ .

أمـــر ولائى على عريضة مما أناطه القانون بقاضى الأمور الوقتية عملا بالمادة ١٩٤ مرافعات ومن ثم فإن المقصود بلفظ " المحكمة" الــوارد بالمـــادة ٨٩٠ مدنى سالف الذكر هو قاضى الأمور الوقتية بالمحكمـــة ولـــيس المحكمـــة بكامل هيئتها ويكون له أن يجرى فى العريضـــة أمره بالقبول أو الرفض ، وهو ما يجوز التظلم منه طبقا لأحكام المواد من ١٩٤ إلى ١٩٩ مرافعات " .

(طعن رقم ٦٦١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٩)

٤٩ـ ميعاد المنازعة :

تقـــدم المنازعة خلال الثلاثين يوما التالية للإخطار بإيداع قائمة الجـــرد . فميعاد المنازعة لاينفتح إلا بقيام المصفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة ، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فعلا فلا يتقيدون بهذا الميعاد فإذا لم يتم هذا الإخطار ظل الميعاد مفتوحا أمامهم إلى ما قبل تمام التصفية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٨٩٠ مدنى أن كل منازعة فـــى صـــحة الجرد ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال الثلاثين يوما التالية للإخطار بإيداع القائمة مما مؤداه أن المشرع جعل افتتاح هذا الميعاد رهنا بقيام المصفى بإخطار المنازع بـــإيداع القائمة ، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا

يتقيدون بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمـــة ومـــن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أى وقت إلى ما قبل تمام التصفية " .

(طعن رقم ٦٦١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٩) [(١)]

٥٠ـ فصل القاضى فى المنازعة :

يجرى القاضى تحقيقا فى المنازعة المرفوعة أمامه ، فإذا تبين له أن المنازعة جدية أصدر أمره بقبولها ، وإذا تبين له أن المنازعة غـــير جديـــة أمر برفضها . وليس للقاضى أن يضمن الأمر بقبول المـــنازعة تصـــحيح البيان الذى تتعلق به ، إذ ليس له – كما يفهم بطـــريق الإشـــارة من المادة ٣/٨٩٠ ، وأعمالها التحضيرية – أن يتصدى لموضوع المنازعة [(٢)]. وإنما إذا صدر الأمر النهائى بقبول

---

(١) ولذلك لا نقر ما جاء بمحضر الجلسة (٣٨) من مناقشات لجنة القانون المدنـــى بمجلس الشيوخ من أن هذا الميعاد " تنظيمى لمتابعة الإجراءات لايترتب عليه سقوط حق" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٢٤٥).

(٢) الســـنهورى ص ٢٠٢ ومـــا بعدها – الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية ١٩٧٤ ص ٤٢١– محمد كامل مرســـى ص ١٧٣ – محمـــود جمـــال الدين زكى ص ٣٠٧ – ويؤيد الدكـــتور محمود جمال الدين زكى رأيه بأن الحكم بتعديل قائمة الجرد، بعـــد أن تبين أن المصفى " لم يقم بجرد أعيان الشركة جميعها بل أسقط الكثير منها فى القائمة " قد صدر فى القضية التى نظرتها محكمة النقض بـــرقم ٣٩ لســـنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/١٦ – كما يظهر من أسباب حكمها فيها، من قاضى الأمور المستعجلة الذى حكم فيها "بإلزامه بتعديل

المنازعة لأنها جدية ، ولم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء عينت المحكمة التى أصدرت الأمر أجلا يرفع فيه صاحب المنازعة دعـــواه أمام المحكمة المختصة . فترفع الدعوى أمامها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فى حدود هذه المنازعة [١].

ويجـــوز لمـــن رفـــض طلـــبه التظلم من هذا الرفض إما أمام المحكمـــة المختصـــة أو لنفس القاضى الآمر، بالإجراءات المعتادة لـــرفع الدعوى ويحكم القاضى في التظلم إما بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام (م١٩٩ مرافعات) .

ويكون أمام صاحب الشأن اللجوء إلى الطريق العادى للتقاضى.

قائمـــة الجرد والمودعة فى دعوى التصفية "، حين أن محكمة القاهرة الابتدائـــية هـــى التى عينت المصفى ، وهى التى عزلته وكانت بالتالى المحكمة المختصة بنظر التصفية- وعكس ذلك : محمد على عرفه ص ٦٣٢ – عـــبد المـــنعم الصده ص ٧٦٦ فيريان أن القاضى إذا رأى أن المنازعة جدية أصدر أمره بقبولها وبتصحيح قائمة الجرد وفقا لما انتهى إليه فى شأنها .

ونشير إلى أن محكمة النقض قد قضت فى حكمها سالف الذكر بأن :

" حكم محكمة أول درجة بتعديل قائمة الجرد ينفذ فى حق المصفى الذى أقامته محكمة الدرجة الثانية كما كان نافذا فى حق سلفه دون حاجة إلى النص على ذلك فى منطوق الحكم الاستئنافى " .

(١) جميل الشرقاوى ص ٤٢١ .

٥١ـ قضاء المحكمة المختصة فى المنازعة على وجه الاستعجال :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن المحكمة المختصة تقضى فى النزاع سالف الذكر على " وجه الاستعجال" .

وعبارة على " وجه الاستعجال " مرادفة لعبارة " على وجه السرعة " إلا أنها تختلف عن " الصفة المستعجلة" التى تنظر بها بعض الدعاوى ، فالمنازعات التى يوجب القانون نظرها على وجه الاستعجال أو على وجه السرعة، هى منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة بحسب القواعد العامة لتصدر فيها حكمها موضوعيا، أما المواد المستعجلة فهى منازعات فى طلبات وقتية ترفع إلى المحكمة المستعجلة أو إلى محكمة الموضوع عملا بالمادة ٤٥ مرافعات لتصدر فيها حكما وقتيا تكون له حجية مؤقتة ولايجمع بينهما إلا ما يوجبه القانون من إنجازهما والفصل فيهما فورا بغير إبطاء .

وكان قانون المرافعات السابق قبل تعديله بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ينص على وجوب عرض الدعاوى التى يفصل فيها على وجه السرعة مباشرة على المحكمة الكاملة فى المحاكم الابتدائية دون عرضها على قاضى التحضير (م ١١٨) ، ويمنع الطعن بالمعارضة فى الحكم الصادر فيها (م٣٨٦) ، ويجعل ميعاد

استئنافه عشرة أيام أياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم (م٤٠٢)، ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عملا بالمادة ٤٠٥، ويوجب إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فى ميعاد قصير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للأحكام الصادرة فى المواد الأخرى (م٣٤٦) ، ويكتفى بالنسبة لصحف الدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبين المدعى فيها موضوعها وطلباته بالإيجاز دون حاجة إلى ذكر وقائع الدعوى وأدلتها وأسانيد المطلوب وذلك عملا بالمادة (٧١) .

إلا أن المشرع ألغى بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كل تفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد وتلك التى تنظر على وجه السرعة .

ولم يعد المقصود من هذا التعبير إلا مجرد حث المحكمة على إنجاز الدعوى بسرعة [١].

---

(١) راجع مؤلفنا شرح قانون المبانى الجديد الطبعة السادسة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٤٦٥ وما بعدها .

تسوية ديون التركة :

مـــادة (٨٩١)

بعـــد انقضـــاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد يقوم المصفى بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التى لم يقم فـــى شأنها نزاع . أما الديون التى نوزع فيها فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائيا .

الشـــرح

٥٢ـ وفاء المصفى الديون التى لم يقم بشأنها نزاع :

بعد انتهاء الميعاد المحدد لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد، يقـــوم المصفى باستئذان المحكمة فى وفاء ديون التركة التى لم يقم فـــى شأنها نزاع . ثم يتولى الوفاء بها . أما الديون التى نوزع فيها فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائيا .

مادة (٨٩٢)

على المصفى في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أي دين ، ولو لم يقم في شأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة .

الشــرح

٥٣ـ وقف تسوية الديون في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها :

إذا كانت التركة في حالة إعسار أو احتمال إعسار ، تعين على المصفى تسوية أي دين ، حتى إذا لم يقم في شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بالتركة ، ثم تسوى الديون جملة واحدة لكل دائن بنسبة حقه .

أما إذا كانت التركة محققة اليسار فلا محل لتأخير سداد الديون التي لم يقم بشأنها نزاع ، فيستأذن المصفى القاضي في وفائها ، وتسوى الديون التي نوزع فيها بعد الفصل نهائيا في النزاع [(١)].

والتركة المعسرة ، هي التي تكون أموالها لاتفي بكل ديونها. أما التركة الموسرة فهي التي تساوى أموالها قيمة ما عليها من ديون أو تزيد على هذه القيمة .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٥١.

مــادة (٨٩٣)

١- يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها، وممـــا تشـــتمل علـــيه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر الســـوق مـــن أوراق مالية ، ومن ثمن ما فى التركة من منقول . فإن لم يكن كل ذلك كافيا فمن ثمن ما فى التركة من عقار .

٢- وتـــباع مـــنقولات الـــتركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يـــتم ممارسة . فإذا كانت التركة معسرة لزمت أيضا موافقة جميع الدائنيـــن . وللورثـــة فـــى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد.

الشـــــرح

٥٤ـ كيفية الوفاء بديون التركة :

يدفـــع المصفى ما على التركة من ديون مما لها من حقوق فى ذمـــة الغير بعد أن يقبضها . فإذا لم تكف فمما تشتمل عليه التركة من النقود.

ويدخل فى ذلك ريع أموال التركة ونماؤها، فيوفى المصفى منها ديون التركة والوصايا والتكاليف [1].

---

(١) السنهورى ص ٢٠٨ هامش (١) – عبد المنعم الصده ص ٢٧٢ .

فإن لم يكف ذلك فمن ثمن ما يبيعه بسعر السوق من أوراق مالية ، فإذا لم يكف فمن ثمن ما يبيعه من منقول في التركة .

فإذا لم يكف ذلك كله بدأ المصفى ببيع العقارات لكى يكمل الوفاء من ثمنها .

وهذا ترتيب مفروض يتعين على المصفى أن يراعيه ، بحيث لاينتقل إلى الخطوة التالية ، إلا إذا كان ما حصله من نقود بواسطة الخطوة السابقة لايكفى لتمام الوفاء . ومن ثم يبين أنه لايجوز بيع عقار فى دين على التركة إلا بعد استنفاد ما فيها من نقود وأوراق مالية ومنقولات [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويدفع المصفى ما على التركة من ديون مما لها من حقوق فى ذمة الغير بعد أن يقبضها ، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن الأوراق المالية والمنقولات بعد أن يبيعها ، فإن لم يكف ذلك كله بدأ ببيع العقارات " [٢].

٥٥ـ كيفية بيع منقولات وعقارات التركة :

الأصل أن تباع منقولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقا للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية فى قانون المرافعات .

---

(١) محمد على عرفه ص ٦٣٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٥١ .

وإذا كانت التركة موسرة فيجوز أن يتفق جميع الورثة على أن يـتم البـيع بطـريقة أخرى كإدخال تعديل فى الأوضاع والمواعيد المنصـوص عليها فى البيوع الجبرية فتحذف بعض الإجراءات أو تضـاف إجراءات أخرى ، أو يتفق على تقصير بعض المواعيد أو على إطالتها . كما يجوز اتفاقهم على أن يتم البيع بالممارسة [1].

ويجوز ما تقدم جميعه إذا كانت التركة معسرة بشرط أن يوافق جميع الدائنين .

وأيـا كانت الطريقة التى يتم بها البيع وفقا لهذه القواعد ، فإنه يكـون للورثـة رغـم أنهم مالكون للتركة الحق فى أن يدخلوا فى المزاد . ويجوز ذلك من باب أولى لدائنى التركة وللموصى لهم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويدفع المصفى ما على التركة من ديون مما لها من حقوق فى ذمـة الغـير بعد أن يقبضها ، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن الأوراق المالية والمنقولات بعد أن يبيعها، فإن لم يكف ذلك كله بدأ

---

(١) فقـد جـاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن المادة أنه استفسـرت اللجـنة فى صدد الفقرة الثانية عن المقصود بعبارة " إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى " فأجيبت بأن الورثة قـد يتفقون على إدخال تعديل فى الأوضاع والمواعيد المنصوص عليها فـى البيوع الجبرية . ووافقت اللجنة عليها دون تعديل ... " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٥١) .

ببيع العقارات . وتباع المنقولات والعقارات وفقا للأوضاع المقررة فى البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة ، وكذلك الدائنون إذا كانت التركة معسرة ، على غير ذلك . وللورثة والدائنين أن يدخلوا فى المزاد "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٥١ .

مـادة (٨٩٤)

للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٤٤ .

الشـرح

٥٦ ـ حلول الدين المؤجل :

الأصل أن الديون المؤجلة لا تحل بموت المورث ، وقد لاتحل هـذه الديـون إلا بعد مواعيد طويلة . ولكن تسهيلا لتصفية التركة دون انـتظار حلول هذه الديون . ولأنه قد يكون للورثة مصلحة فى التعجـيل بوفاء الديون المؤجلة حتى تخلص لهم حصصهم الإرثية خلوصا تاما . فقد خرج الشارع عن هذا الأصل وأجاز للقاضى بناء علـى طلـب جميع الورثة أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٤٤ ، التى تـنظم الوفاء بالقرض قبل حلوله وهى تقضى بأن : " إذا اتفق على الفوائـد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبـته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لايجـاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المديـن بـأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولايجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى

نـــوع بســـبب تعجـــيل الوفـــاء ، ولايجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه " [١].

وعلى ذلك إذا كان الدين بفائدة وجب على المصفى بعد انقضاء ســتة أشهر على الأقل ، ولو كان ذلك قبل موت المورث أن يعلن الدائــن بتعجــيل الوفـــاء . وعندئذ تقضى المحكمة المختصة بنظر شــئون التصــفية بحلــول الديــن المؤجل ، وبوفاء الدين فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ إعلان الدائن بتعجيل الوفاء ، على أن تؤدى له الفوائد المستحقة عن ستة أشهر أخرى تالية لهذا الإعلان . وعلــى ذلــك يتقاضــى الدائــن فوائد سنة على الأقل : ستة أشهر انقضــت قــبل إعلانه بالتعجيل ، وستة أشهر أخرى تالية لإعلانه بالتعجيل [٢].

أما إذا كان الدين المؤجل لا فوائد عليه فالتعجيل لا يضر الدائن فـــى شـــئ بل يفيده ، فلا يقدر له تعويض، ولكن لايخصم منه شئ نظير التعجيل .

---

(١) عـــبد المـــنعم الصـــده ص ٧٦٩ – محمد وحيد الدين سوار ص ٧٤١ ومابعدها .

(٢) الســـنهورى ٢١١ ومـــا بعدها – عبد المنعم الصده ص ٧٦٩ – محمد وحيد الدين سوار ص ٧٤١ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فقــد يكــون مــن مصلحة الورثة جميعا الحكم بحلول الديون المؤجلــة . فــإذا انعقد إجماعهم على ذلك ، طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن. وفى تعييــن هذا المبلغ يراعى القاضى تعويض الدائن عما فاته من ربح بســبب الوفــاء المعجل ، دون أن يجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة (القانونــية أو الاتفاقية حسب الأحوال) عن ستة أشهر ، إلا إذا كان هناك اتفاق سابق على طريقة هذا التعويض عند الدفع المعجل فيتبع . أمــا إذا كان الدين المؤجل لا فوائد عليه ، فالتعجيل لا يضر الدائن فــى شــئ بل يفيده ، فلا يقدر له تعويض ، ولكن لايخصم منه شئ نظير التعجيل " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٢٥٨ .

مـادة (٨٩٥)

١- إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت المحكمـة توزيـع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يخـتص كـل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث .

٢- وترتـب المحكمـة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا علـى عقـار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكمـيلى يقدمـه الورثـة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

٣- وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص .

الشـرح

٥٧ـ توزيـع الديـون المؤجلـة وأموال التركة فى حالة عدم اتفاق الورثة على طلب حلول الدين المؤجل :

إذا لم يتفق الورثة جميعا على حلول الديون الآجلة ، وآثروا أو آثـر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل ، تولت المحكمة توزيـع هذه الديون على الورثة ، مراعية فى ذلك أنه إذا طرح ما

يخـــتص به منها كل وارث مما أعطى من أموال التركة كان الباقى معادلا لصافى حصته فى الإرث [١].

وهذه عملية حسابية دقيقة قد تستعين فيها المحكمة بخبير .

٥٨ ـ ترتيب تأمين كاف لكل دائن من دائنى التركة :

يترتب على توزيع الديون المؤجلة وأموال التركة التى عرضنا لهـــا فى البند السابق ، أن تثور مشكلة تتمثل فى أن الديون المؤجلة بـــتوزيعها علـــى الورثـــة قد تجزأ ضمانها ، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها ، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمنه إلا جزء من التركة ، هو الجزء الذى وقع فى نصيب هذا الـــوارث . وهـــذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها تترتب على تجزئة الدين .

ولمـــا كان المفروض أن التركة موسرة ، لأن التركة المعسرة تحـــل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين ، فالمفروض تـــبعا لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بالدين الـــذى اخـــتص بـــه ، ولكـــى يكون الدائن مطمئنا على حقه يجوز للقاضـــى أن يرتـــب له حـــق اختصاص على عقارات التركة التى

---

(١) وكانت الفقرة الأولى من المادة – كما وردت بالمشروع التمهيدى– تنص علـــى أن : " وللقاضى إذا شاء أن يستعين بخبير فى ذلك " إلا أن لجنة القـــانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترحت حذف هذه العبارة ، لأنها من قبيل التزيد الذى تغنى عنه القواعد العامة .

وقعـت فى نصيب الوارث ، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصـدر به حكم ، بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلى مـن ماله الخاص أو مطالبته بأية تسوية أخرى ، كتقديم كفيل عينى أو شخصـى أو عقد تأمين لمصلحة الدائن . فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائـن الضمان الكافى ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة وضمانه هو كل أموال التركة ، ما وقع منها فى نصيب الوارث وما وقع فى نصـيب الورثـة الآخرين ، مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق [١].

ويلاحـظ أن المادة تتضمن فى فقرتيها الثانية والثالثة استثناءات مـن القواعـد الخاصـة بالتأميـنات العينية . فالتأمين الذى تقرره المحكمـة على العقار يشبه حق الاختصاص فى كونه يترتب بأمر من القاضى على عقار ، ولكنه يختلف عنه فى أن دين الدائن مؤجل ولم يصدر به حكم .

كمـا أن التأميـن الـذى تقرره المحكمة على منقول يشبه حق الرهـن الحيازى فى كونه يرد على منقول ، ولكنه يختلف عنه فى أن مصدره هو القاضى وليس اتفاق الطرفين [٢].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ص٢٥٨- السنهورى ص ٢١٣ - عبد المنعم الصده ص ٧٦٩ .

(٢) عبد المنعم الصده ص٧٧٠ ومابعدها .

٥٩- شهر التأمين الذى يرد على عقار :

فـــى كافـــة الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شـــهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص [١].

---

(١) وكـــان نص المادة كما ورد بالمشروع التمهيدى برقم (١٣٢٨) ينص على :

"١- فإذا لم ينعقد إجماع الورثة على ذلك ، تولى القاضى الجزئى توزيع الديـــون المؤجلـــة وتوزيـــع أموال التركة ، بحيث يكون النصيب الذى يخـــتص بـــه كل وارث فى مجموع ما وقع له من ديون وأموال معادلا لصافى حصته فى الإرث ، وللقاضى ، إن شاء ، أن يستعين بخبير فى ذلك .

٢- ويراعى القاضى أن يكون الضمان الذى يعطى لكل دائن من دائنى التركة هو عين الضمان الذى كان له حياة المدين ، أو ضمان يعادله، مع اســـتثناء مـــا يترتب على تجزئة الدين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة تأمين تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، فإن الدين ، إذا كان غير قابل للتجزئة يظل محتفظا بهذه الصفة ".

وفـــى لجنة المراجعة اقترح تعديل الفقرة الثانية بما يجعل الحكم أوضح فـــى ترتيب تأمين كاف لكل من الدائنين ، سواء من كان له تأمين سابق أو مـــن لـــم يكن له ، وكذا اقترح إضافة فقرة ثالثة تتضمن شهر جميع التأميـــنات خصوصا التى لم تكن قائمة من قبل أو لم تكن أشهرت ، كما اقترحت بعض تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى بما يجعل حكمها أوضح. فوافقت اللجنة على ذلك وأصبح النص على النحو الراهن .

مــادة (٨٩٦)

يجــوز لكــل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقا للمادة ٨٩٤ .

الشــرح

٦٠ـ دفع الوارث القدر الذى اختص به من الديون المؤجلة:

رأيــنا أنه يلزم لتعجيل الديون المؤجلة اتفاق الورثة جميعا على ذلك ، فلا يكفى اتفاق بعضهم ولو كانوا أغلبهم على ذلك . غير أن الــنص أتــاح للوارث الذى يرغب بعد توزيع الديون المؤجلة على الورثة فى أن يدفع القدر الذى اختص به إلى الدائن قبل حلول أجله، أن يقوم بذلك .

وفى هذه الحالة يطلب من المحكمة القضاء بحلول الدين المؤجل الــذى وقــع فى نصيبه ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن طبقا لأحكام المادة ٨٩٤ مدنى ، والتى أوردنا أحكامها سلفا .

(راجع بند ٥٦) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فــإذا قســمت الديون المؤجلة على الورثة على النحو المتقدم ورأى بعض الورثة تعجيل دفع الديون التى اختصوا بها ، جاز لهم

أن يطلبوا من القاضى الحكم بحلول هذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقا للأحكام التى تقدم ذكرها "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٥٩ .

مادة (٨٩٧)

دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لايجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم .

الشرح

٦١ـ دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة :

قد لايعلم بعض دائنى التركة بالتكليف الذى وجهه المصفى إلى الدائنين ليتقدموا بحقوقهم ، بل قد لايعلمون بوفاة مدينهم وبالتالى لاتظهر ديونهم فى قائمة الجرد ، ويظلون فى الغالب مجهولين حتى تتم التصفية .

ولا ضير فى ذلك على الدائن الذى كان له حق عينى تبعى على عين أو أكثر فى التركة ، إذ يستطيع بما له من ميزة التتبع أن ينفذ على الأعيان المثقلة بحقه فى أى يد تكون [١].

---

(١) ويندر أن يتحقق عدم ظهور مثل هذه الديون فى قائمة الجرد لأن المصفى ملزم – كما رأينا – بأن يثبت فى القائمة ما يكون ثابتا فى السجلات العامة ومنها سجلات الشهر العقارى التى ترد فيها القيود الخاصة بالتأمينات العينية الضامنة (مصطفى منصور مصطفى ص٤٧٨) .

أمـــا الدائـــنون العـــاديون الذين لم تكن لهم تأمينات على أموال الـــتركة فتـــبقى حقوقهـــم عليها طالما بقيت هذه الأموال فى أيدى الورثـــة، ويســـتطيعون التنفيذ على أى عين منها فى يد الوارث، ليســـتوفوا حقوقهـــم ، ليرجع هذا الأخير ، على بقية الورثة ، بقدر حصة كل منهم ، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

" من المحتمل أن دائنا للتركة ، وليس له تأمين خاص على عين مـــن أعـــيانها ، ولم يعلم بالتكليف الذى وجهه المصفى للدائنين فلم يظهـــر فى قائمة الجرد ، حتى تمت عملية التصفية ، واستولى كل وارث علـــى نصـــيبه من التركة خالصا من الديون ، يستطيع هذا الدائـــن دون شـــك الـــرجوع على أموال التركة ما بقيت فى أيدى الورثة ... الخ "[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان القانون قد أوجب رفع المنازعة فى صحة الجرد فـــى ميعاد ثلاثين يوما ، إلا أنه جعل انفتاح هذا الميعاد رهنا بقيام المصـــفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة محل المنازعة ، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بداهة بهذا الميعاد لـــتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة ، ومن ثم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٦٠ .

فـــإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أى وقـــت إلى ما قبل تمام التصفية ، ونص المادة ٨٩٧ من القانون المدنـــى مـــن العمـــوم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم يـــنازعوا فى قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولايدع مجالا لاستثناء مـــن لم يخطر منهم بإيداع تلك القائمة ، هذا إلى أن استثناء هؤلاء يترتـــب علـــيه إهـــدار الصفة الجماعية للتصفية وتفويت ما هدفه المشـــرع مـــنها من تحقيق المساواة بين الدائنين وتأمين الغير الذى يـــتعامل مـــع الورثة فى أموال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

٦٢ـ عـدم رجـوع الدائـنين عـلى من كسب بحسن نية حقا عينيا على أموال التركة :

دائـــنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجـــرد ولـــم تكـــن لهـــم تأمينات على أموال التركة، لايستطيعون الرجوع على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال .

فـــإذا تصـرف الورثة فى أموال التركة بنقل ملكيتها أو بترتيب حـــق عيـــنى عليها وكان المتصرف إليه حسن النية ، لايعلم بحق الدائنيـــن على تلك الأموال ، امتنع على هؤلاء الدائنين تتبعها حتى ولو كانوا قد قاموا بالتأشير بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث

فى خلال السنة التالية لحصوله ، أو كان حق الإرث لم يسجل ،لأن التصـــفية الجماعية تقطع السبيل على دائنى التركة الذين لم يتقدموا فـــى التصـــفية وتحمى الغير الذى يتعامل مع الورثة بعد انتهائها. ولايجـــوز مـــن ثم للدائنين الذين لم يظهروا فى التصفية تتبع أعيان التركة فى يد المتصرف إليه ، أو التقدم على دائن رتب له الوارث تأميـــنا عينيا عليها(١). وإنما يجوز للدائنين أن يرجعوا على الورثة بســـبب إثـــرائهم ، أى بقدر ما يكون قد أخذه مقابلا لمال التركة ، كالثمـــن إذا كان التصرف بيعا والبدل إذا كان مقايضة والعوض إذا كان هبة .

والـــرجوع هنا يكون بسبب إثراءِ الوارث على حساب الدائن ، وهـــذا لايخـــل بحـــق هؤلاء الدائنين فى التنفيذ على أعيان التركة الأخرى التى لازالت فى يد الورثة .

---

(١) السنهورى ص ٢١٨ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٣١٣ - منصور مصطفى منصور ص ٤٧٨ - محمد كامل مرسى ص ١٨١- الدكـــتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصـــرى ص ٥٧ وما بعدها - وقارن محمد على عرفه ص ٦٣٤ إذ يستثنى من هذا الحكم الدائنين الذين أشروا بحقوقهم على هامش تسجيل حـــق الإرث طبقا للمادة ١٤ من قانون الشهر العقارى ، ويذهب إلى أن حقهـــم يتجدد فى تتبع أعيان التركة تحت يد الغير وفقا لما تضمنته هذه المادة من أحكام .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... ولكــن إذا تصرف الوارث فى مال التركة لأجنبى حسن النــية وجب أن يحمى هذا الأجنبى ، وليس للدائن إلا الرجوع على الوارث فىحدود ما عسى أن يكون هذا قد أخذه مقابلا لمال التركة، كالثمــن إذا كان التصرف بيعا والبدل إذا كان مقايضة والعوض إذا كان هبة " (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٦٠ .

مــادة (٨٩٨)

يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف .

الشــرح

٦٣ـ تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف :

يتولى المصفى أولا تسوية ديون التركة ، فلا تركة إلا بعد سداد الديـون ، فـإذا قام بتسوية هذه الديون ، نفذ الوصايا وغيرها من التكاليف .

والوصية مؤخرة عن ديون التركة ، ولكنها مقدمة على الإرث. وهى تنفذ فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديونها ، وما جاوز حدود الثلث لاينفذ إلا بإجازة الورثة .

وقد تكون الوصية بجزء شائع من التركة أو بمنفعتها أو بنقود . ففـى هذه الأحوال تخرج الوصية أولا إذا وسعها الثلث أو أجازها الورثة . وإن كانت بجزء شائع كالثلث والربع مثلا كان الموصى له شـريكا للورثـة فى التركة بمعنى أن التركة تكون مملوكة للجميع علـى الشيوع فى آن واحد ، لكن يعزل الثلث أو الربع الموصى به أولا من أصل التركة ، ثم يقسم الباقى بين الورثة على حسب قواعد الميراث الشرعى ، حتى إذا كان فى المسألة عول كان على الورثة وحدهم ، وإن كان فيها رد كان لهم وحدهم . فينبغى أن يلاحظ هذا

لأن التعبـــير بكلمـــة شركة ربما يوهم مشاركة الموصى له للورثة مطلقــا ، لكن الواقع هو أن يفصل له الجزء الشائع الذى أوصى به له أولا من الكل ثم يقسم الباقى على الورثة بحسب أحكام المواريث وهذا بالإجماع .

ومادامت التركة بحسب الفرض موسرة تعين على المصفى أن يوفى بالديون من غير الأعيان الموصى بها ، حتى يمكنه بعد وفاء الديون تنفيذ الوصايا ، فإذا تعذر ذلك ووفيت بعض الديون من ثمن الأعـــيان الموصــــى بها كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى اســتوفى فـــى ثلـــث الباقى من التركة بعد وفاء الديون (م٣٩ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية) [١].

وإذا تـــم الوفـــاء بالوصـــايا فإنه يتم الوفاء بالتكاليف كضريبة التركات قبل إلغائها .

وهذا يطبق على كافة التركات ولو لم تخضع لنظام التصفية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعــد ســداد ديون التركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومـــن التكالـــيف ما عسى أن يكون على التركة من ضريبة لخزينة الدولة " [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣١٤ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٦٢ .

تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال :

مــادة (٨٩٩)

بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى .

الشــــرح

٦٤ـ أيلولة أموال التركة إلى الورثة بعد تنفيذ التزاماتها :

بعــد أن يقوم المصفى بتنفيذ التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف ، يكون الباقى ملكا خالصا للورثة إذ يؤول إليهم ملكية هذا الباقى. وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث، لا مــن وقت التسليم فحسب. ولكنهم لايستطيعون التصرف فيها إلا مــن وقــت أن يتسلموا من المحكمة التى تنظر فى شئون التصفية ســندا بملكيتهم للأموال الموروثة ، وهم فى ذلك كالورثة فى التركة الــتى لم تخضع للتصفية الجماعية لايستطيعون التصرف فى أموال الــتركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٢٦٣ .

مادة (٩٠٠)

١- يسلم المصفى إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة .

٢- ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة ، الأشياء أو النقود التى لايحتاج لها فى تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضا منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها .

الشرح

٦٥- تسليم المصفى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة :

يلتزم المصفى بتسليم الورثة ما آل إليهم من أموال التركة ، بعد الوفاء بالديون والوصايا والتكاليف كل بحسب نصيبه فى الإرث .

وقد ذكرنا سلفا أن ملكية الورثة لهذه الأموال تثبت من تاريخ وفاة المورث لا من وقت التسليم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعد سداد الديون والوصايا والتكاليف يكون ما بقى من التركة ملكا خالصا للورثة ، فيسلمه المصفى لهم ، كل بحسب نصيبه فى الإرث ، وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث لا من وقت التسليم ... الخ " (١).

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ ٦ ص ٢٦٦ .

٦٦ـ تسلم الورثة بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى لايحتاج لها فى تصفية التركة :

يجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة ، الأشياء أو النقود التى لايحتاج لها فى تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضا منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها .

ذلك أن المصفى بعد انتهاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد قد يبين له أن التركة ظاهرة اليسار وأنه ليس فى حاجة إلى الاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها . ففى هذه الحالة يجوز للوارث أن يطالب المصفى بأن يسلمه فورا كل نصيبه أو بعضه فى الأشياء والنقود التى لايحتاج لها المصفى فى تصفية التركة. فيسلمه المصفى ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائى فى الميراث.

وللمصفى أن يسلم الأشياء والنقود سالفة الذكر إلى الوارث بكفالة أو بدون كفالة ، بحسب يسار التركة ، فإن كان اليسار كبيرا لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لايتضمن تسلم الوارث لشئ من أموال التركة أى خطر ، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين فى النهاية أن المال الذى تسلمه الوارث لازم لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال .

ومـــا يتسلمه الوارث من الأشياء والنقود يستطيع التصرف فيه من يوم تسلمه دون الانتظار لتسلم شهادة الإرث [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويســتطيع الوارث من وقت تسلمه لشهادة الإرث أن يتصرف فــيما آل إليه من مال التركة بل يستطيع أن يتصرف فيها قبل ذلك إذا انقضى الميعاد المقرر لتقديم المنازعات فى قائمة الجرد (خمسة عشــر يومــا) وطلب الوارث من المصفى أن يتسلم بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى لايحتاج لها فى تصفية التركة كلها أو بعضها فى مقابل تقديم كفالة أو دون تقديمها ، فما تسلمه من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه " [٢].

---

(١) السنهورى ص ٢٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٢٦٦ .

مــادة (٩٠١)

تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاما شرعيا بالوارثة أو ما يقــوم مقام هذا الإعلام ، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

الشــرح

٦٧ـ تسليم المحكمة كل وارث شهادة بالإرث :

لكــى يكون لدى الوارث سند بملكيته للأموال الموروثة أوجب الــنص على المحكمة أن تسلم إلى كل وارث شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

ويشــترط لتســليم المحكمــة هذه الشهادة إلى الوارث أن يقدم للمحكمــة إعلاما شرعيا بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلام كحكم يقضى باستحقاقه فى الإرث .

وتعتــبر " شهادة الإرث " هذه، وثيقة هامة ، فهى سند الوارث فى انتقال ملكية المال الموروث إليه .

ولايجوز له قبل تسلمها التصرف فى الأموال الموروثة .

ويســتطيع كــل وارث أن يشــهر حقه فى الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة إذ هى تتضمن كل البيانات اللازمة [١].

ولايســتطيع الــوارث أن يقرر للغير حقا عينيا على عقار من عقارات التركة الموروثة إلا إذا أشهر حقه فى الإرث [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ٣١٦ – محمد على عمران ص ٥٩ .

(٢) محمد على عمران ص ٥٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... ولكـــى يكون لدى الوارث سند بملكيته للأموال الموروثة نـــص المشروع على أن القاضى الجزئى يسلم إلى كل وارث يقدم إعلاما شرعيا بالوارثة ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام ، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال الـــتركة . ويســـتطيع الـــوارث مـــن وقت تسلمه لشهادة الإرث أن يتصرف فيما آل إليه من مال التركة ... الخ " [١].

٦٨ـ الإعلام الشرعى ودعوى الوفاة والوارثة:

تنظم استصدار الإعلام الشرعى المادتان ٢٤ ، ٢٥ من القانون رقـــم (١) لســـنة ٢٠٠٠ بإصـــدار قـــانون تنظـــيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

فيجب على طالب إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة أن يقـــدم طلـــبا بذلك إلى المحكمة المختصة[٢] مرفقا به ورقة رسمية تثبت الوفاة وإلا كان الطلب غير مقبول .

ويجب أن يشتمل الطلب على بيان آخر موطن للمتوفى وأسماء الورثـــة والموصـــى لهم وصية واجبة وموطنهم إن وجدوا ، وعلى الطالـــب أن يعلنهم بالحضور أمام المحكمة فى الميعاد المحدد لنظر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٦٦ .

(٢) أصبح الاختصاص الآن لرئيس محكمة الأسرة كما سنرى .

الطلب ، ويحقق القاضى الطلب بشهادة من يوثق به وله أن يضيف إلـيها التحريات الإدارية حسبما يراه ، فإذا ما أنكر أحد الورثة أو الموصـى لهم وصية واجبة ورأى القاضى أن الإنكار جدى ، كان علـيه أن يحيل الطلب إلى المحكمة الابتدائية المختصة للفصل فيها (م٢٤) .

ويكـون الإشهاد الذى يصدره القاضى وفقا لحكم المادة السابقة حجـة فى خصوص الوفاة والوارثة والوصية الواجبة ما لم يصدر حكم على خلافه (م ٢٥) .

وكانـت المحكمـة الجزئـية تختص نوعيا بنظر الطلب (م٩/ أولا-٨) مـن القـانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ . ويثبت الاختصاص المحلىللمحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى فى مصر.

غير أن القانون رقم ١٠ لسنة٢٠٠٤ جعل الاختصاص بإصدار إشهادات الوفاة والوراثة لرئيس محكمة الأسرة، ويجوز له أن يحيلها إلى محكمة الأسرة عند قيام نزاع جدى فى شأنها (م٣/٣).

ويجـوز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الإشهاد أن يطلـبوا بطلانـه سـواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أم فى صورة دفع فى الدعوى التى يراد فيها الاحتجاج بالإعلامالشرعى .

ويجــوز للوارث رفع دعوى بإثبات الوفاة والوراثة ابتداء أمام المحكمــة المختصة ، ويشترط لقبول هذه الدعوى ذكر المال إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولا ثم إثبات المال .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنكــار الوراثــة ، الذى يستدعى استصدار حكم شرعى لإثــباتها ، يجب أن يكون صادرا من وارث حقيقى ضد آخر يدعى الوراثة . فإذا أنكرت وزارة المالية ، بصفتها حالة محل بيت المال، الوارثــة لصــاحب المال الذى تحت يدها على من يدعيها فإنكارها هــذه الوراثة عليه لايستدعى استصدار حكم شرعى لإثباتها ، لأنها ليســت إلا أميــنة فقــط على مال لا وارث له . فيكفى من يدعى اســتحقاقه لمــال تحــت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعى " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٥/٢٦)

٢- " لاتثريب على المحكمة إن هى اعتمدت فى قضائها بثبوت الوراثة على إشهاد شرعى لم ينازع فيه أحد ".

(طعن رقم ١١٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٧)

٣- " إن حجــية الإعلام الشرعى تدفع وفقا لنص المادة ٣٦١ مــن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة ، وهــذا الحكــم كما يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى دفع

أبـــدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى . فإذا كانت الهيئة التى فصلت فى هذا الدفع مختصة أصلا بالحكم فيه فإن قضـــاءها فيه لايعتبر إهدارا لحجية الإعلام لا تملكه المحكمة قانونا بـــل هـــو قضــــاء من محكمة مختصة يخالف ما ورد فى الإعلام بتحقـــيق الوفاة والوراثة ، وهذا القضاء أجازه المشرع وحد به من حجـــية الإعـــلام وذلـــك إفصاحا عن مراده من أن حجية الإعلام الشـــرعى بتحقـــيق الوفاة والوراثة الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحيث تقوم به السلطة القضائية المختصة " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٢٦ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٦/١٩)

٤- " تندفع حجية الإعلام الشرعى بحكم من المحكمة المختصة. وهـــذا الحكـــم كما يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى دفع أبـــدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى متى كانـــت الهيـــئة الـــتى فصلت فى الدفع مختصة أصلا بالحكم فيه . وقضاؤها هذا لايعتبر إهدارا لحجية الإعلام لا تملكه المحكمة ، بل هـــو قضاء من محكمة مختصة يخالف ما ورد فى الإعلام بتحقيق الوفـــاة والوراثـــة . وهذا القضاء أجازه الشارع وحد به من حجية الإعـــلام الـــذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على

تحقـــيقات إداريـــة يصح أن ينقضها بحيث تقوم به الجهة القضائية المختصة ".

(طعن رقم ٢٤ لسنة ٢٩ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٦٢/٥/٩)

٥- " مؤدى المادة ٣٦١ المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحـــة ترتيـــب المحاكم الشرعية أن المشرع أراد أن يضفى على إشهاد الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافه ، ومن ثم أجـــاز لـــذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الإشهاد أن يطلـــبوا بطلانـــه ســـواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣١ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٤/٣/١١)

٦- " تحقـــيق الوفـــاة والوراثة حجة فى هذا الخصوص ما لم يصدر حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٢ ق " أحوال شخصية" جلسة [illegible]/١٩٦٦)

" ذات المبدأ طعن رقم ٢ لسنة ٣٥ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٦/٥/١١)

٧- " حجـــية الإعلام الشرعى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة- تدفـــع وفقا لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشـــرعية بحكـــم من المحكمة المختصة وهذا الحكم كما يكون فى

دعوى أصلية ، يصح أن يكون فى صورة دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى ' .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٣٩ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١/٣٠)

٨- " لئن كان ذكر المال شرطا لصحة دعوى الوراثة ، إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوارثة أولا ثم إثبات المال ، فلا مجال لاشتراط تحديد واضع اليد على هذا المال . ولما كان يبين من صحيفة الدعوى المقامة من المطعون عليهم الآخرين أمام محكمة أول درجة أنها تضمنت أعيان التركة المخلفة عن المتوفى ، وهو ما يشكل دعوى المال التى يشترط أن تنتظمها دعوى الإرث، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون لسماع الدعوى رغم خلوها من ذكر واضع اليد على تركة المتوفى – يكون ولا أساس له " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤)

٩- " إذا كان الإعلام الشرعى- وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحيث تقوم به السلطة القضائية المختصة .. وكانت المحكمة قد رجحت البينة فإن مفاد ذلك أنها لم تجد فى تحريات الإشهاد ما يستأهل الرد عليها " .

(طعن رقم ٨ لسنة ٤٤ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/١/٢١)

١٠- " متى كان لاتثريب على المحكمة إن هى اعتمدت على التحريات الإدارية التى تسبق صدور إعلام الوفاة والوراثة عملا بالمادة ٣٥٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل إلغائها بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٤ فإنه لا على الحكم المطعون فيه إذا هو اعتد بأقوال عمدة الناحية التى أدلى بها فى تلك التحريات رغم أنه لم يشهد بها أمام المحكمة باعتبارها من الدلائل فى الدعوى بثبوت الوفاة والوراثة ولايغير من ذلك أن الحكم أسبغ على هذه الأقوال خطأ وصف الشهادة لأن ذلك لم يكن له من أثر على قضائه" .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٤٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٢/٢٥)

١١- " إذ كانت الدعوى الماثلة هى دعوى إرث تنظرها وتفصل فيها المحاكم بصفتها القضائية ولايشترط القانون فيها إجراء تحريات مسبقة من الجهات الإدارية وكانت التحريات المشار إليها فى المادة ٣٥٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية معدلة بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٠ قبل إلغائها بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٤ يقتصر نطاق تطبيقها على طلبات تحقيق الوفاة وإثبات الوارثة التى تختص بها المحاكم الجزئية وتصدر فيها بصفتها الولائية لشهادات متعلقة بحالة الإنسان المدنية تكون حجة فى خصوصها ما لم يصدر حكم على خلافها

عمـــلا بالمـــادة ٣٦١ مـــن ذات اللائحـــة . وقد أصبح إجراء هذه الـــتحريات- حتى فى هذا المجال – متروكا لمحض تقدير المحكمة وفقـــا للـــتعديل الـــذى جرى على المادة ٣٥٩ من اللائحة بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٤ آنف الإشارة، فإن النعى على الحكم- بأنه أغفل القيام بهذا الإجراء – يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٣/١٧)

١٢- " الاتفاق فى مذهب الحنفية على أن إقرار الوارث بوارث آخـــر مـــن شأنه أن يؤدى إلى معاملته بإقراره فى صدد استحقاق المقر له بالميراث فى تركة الميت فى غيره من الحقوق التى ترجع إلـــيه ، ويؤخـــذ المقر بإقراره لأن له ولاية التصرف فى مال نفسه طالما كانت الدعوى من دعاوى المال ، دون ما اعتداد بما إذا كان المقر له وارثا حقيقة بل يكتفى بأن تعتبر صفته بحسب الظاهر ".

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٤٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/١١/٢٤)

١٣- " يدل نص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصـــادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والمعدل بالقانون رقـــم ٧٢ لســـنة ١٩٥٠- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أن تحقيق الوفاة والوراثة حجة فى هذا الخصوص ما لم يصدر حكـــم علـــى خـــلاف هذا التحقيق ، وإنكار الوراثة الذى يستدعى

استصدار مثل هذا الحكم يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة " .

(طعن رقم ٢٣٣٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢)

١٤- " قواعد تحقيق الوفاة والوراثة الواردة بالباب الأول من الكتاب السادس من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم تشترط لقبول طلب تحقيق الوفاة والوراثة وصحة الإعلام الشرعى الذى يضبط نتيجة له أن يحصل الطالب على حكم مثبت لسبب الإرث المدعى به، بل أجازت لكل مدع للوراثة أن يتقدم بطلبه إلى المحكمة حتى إذا ما أثير نزاع أمامها حول هذا السبب وتبين للقاضى جديته رفض إصدار الإشهاد وتعين على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق الشرعى " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٣)

١٥- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن إنكار الوراثة الذى يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعى يجب أن يصدر من وارث حقيقى ضد آخر يدعى الوراثة وبنك ناصر الاجتماعى لايعتبر وارثاً بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التى لايعرف لها مالك " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٥٩ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧)

مــادة (٩٠٢)

لكــل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفــرزا ، إلا إذا كــان هذا الوارث ملزما بالبقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

الشــرح

٦٩ـ طلب الوارث تسليم نصيبه فى الإرث مفرزا :

تكون أموال التركة بعد تصفيتها مملوكة للورثة ملكية شائعة .

ولذلــك أجــازت المــادة لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزا ، ويكوَن المصفى ملزما بإجابته إلى طلــبه إلا إذا كان الوارث ملزما بالبقاء فى الشيوع بناء على اتفاق كحالــة ملكية الأسرة أو بموجب نص فى القانون كما هو الحال فى الشيوع الإجبارى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يســلم المصــفى أموال التركة للورثة شائعة فيما بينهم . لكن يجــوز لكل وارث أن يطلب من المصفى تسليم نصيبه مفرزا ، إلا إذا كــان مجــبرا على البقاء فى الشيوع باتفاق مع الورثة كما فى ملكــية الأسرة ، أو يبقى فى الشيوع كما فى الشيوع الإجبارى ، أو

تـــبعا لتقدير القاضى ، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدى إلى نقص محسوس فى قيمة المال " [١].

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٦٨ . وكانت المادة- كما وردت فى المشروع التمهيدى برقم (١٣٣٥) تتضمن فقرة ثانية نصها الآتى :

" ومع ذلك فللقاضى الجزئى أن يأمر ، بناء على طلب ذى شأن ، بوقف تقســيم التركة أو بعض أعيانها ، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تــؤدى إلى نقص محسوس فى قيمة المال " إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة . (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٦٨) .

مـادة (٩٠٣)

١- إذا كان طلب القسمة واجب القبول ، تولى المصفى إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع .

٢- فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك ، فعلى المصفى أن يرفع علـى نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقا لأحكام القانون ، وتستنزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسمين .

الشـرح

٧٠ـ إجراء المصفى لقسمة أموال التركة :

إذا كان طلب الوارث القسمة واجب القبول ، بمعنى أن الوارث لـم يكن ملزما بالبقاء الشيوع بناء على اتفاق أو نص فى القانون . فإنـه يتعيـن على المصفى إجراء القسمة بطريقة ودية ليجيبه إلى طلـبه . ولكـن لاتصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع .

فـإذا لم ينعقد إجماع الورثة على القسمة ، يكون على المصفى أن يـرفع دعـوى القسـمة وتسـتنزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسـمين ، فيوزع عبؤها على سائر الورثة كل بنسبة نصيبه فى الميراث .

ويســـرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة ويترتب عليها نفس الأحكام [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا لــم يوجــد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفــرزا تولــى المصفى تجنيب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة . فإن لم يتفقوا جميعا رفع دعوى القسمة، وتكون نفقاتها على التركة .

ويســـرى على هذه الدعوى أحكام دعاوى القسمة ويترتب عليها نفس الأحكام " [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص٣١٧ – منصور مصطفى منصور ص٤٧٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٢٦٩ .

مــادة (٩٠٤)

تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة ، وبوجه خــاص مــا يــتعلق مــنها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم ، وتسرى عليها أيضا الأحكام الآتية :

الشـــرح

٧١ـ سريان القواعد المقررة فى القسمة على قسمة التركة :

تســرى علــى قســمة التركة – التى تجرى وفقا للمادة ٩٠٣ القواعــد المقررة فى القسمة ، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويســرى على هذه الدعوى أحكام دعاوى القسمة ويترتب عليها نفس الأحكام " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٢٦٩ .

مــادة (٩٠٥)

إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصـــل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشـــياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فـــى المــيراث أو دون استنزال ، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية .

الشـــرح

٧٢- عـدم اتفـاق الورثــة عـلى قسـمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث :

قد يكون فى التركة أوراق عائلية أو أشياء تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث كمذكراته وأصول مؤلفاته وشهاداته وأوسمته وصوره الفوتوغرافــية وملابســـه الرســمية ، وما تركه من ذكريات مادية كالأســلحة التى كان يحوزها والمكتب الذى كان يجلس عليه والقلم الذى كان يكتب به .

فــإذا لـــم يتفق الورثة على تقسيم هذه الأوراق والأشياء فصلت المحكمـــة المختصـــة بنظر التصفية فى شأنها ، مراعية فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية .

فقــد تأمـــر المحكمـــة ببيعها وتوزيع ثمنها على الورثة ، وقد تعطـــيها لوارث معين هو أجدر الورثة باقتنائها بعد استنزال قيمتها

مــن نصيبه فى الإرث ، أو دون استنزال إذا كانت قيمتها عاطفية بحتة [1].

وقد جـء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الأوراق العائلــية أو الأشــياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المــورث ، كملابســه ومذكــراته ، ومــا تركه من ذكريات مادية كالأســلحة ومــا إلى ذلك . هذه يقدر القاضى بشأنها ، إذا لم يتفق الورثــة على طريقة تقسيمها ، ظروف العائلة والظروف الشخصية للورثــة ، فقد يأمر ببيعها ، وقد يعطيها لوارث معين بعد استنزال قيمتها من نصيبه فى الإرث أو دون الاستنزال "[2].

---

(١) الســنهورى ص ٢٣٠- محمــود جمال الدين ص ٣١٨- محمد على عرفه ص ٦٣٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٧٢ .

مادة (٩٠٦)

إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به . وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لاتقل عن ثمن المثل .

الشرح

٧٣- ما يتبع بشأن المستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى :

تتناول المادة ما يتبع إذا كان من بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها .

ومثل ذلك بستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور أو مصنع أو محل تجارى .

وقد أوجبت المادة تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به .

وأوجبت تخصيص المستغل برمته حفاظا على قيمته لأن تقسيمه يؤدى إلى الانتقاص من قيمته والوارث الذى يخصص له

المستغل هو أقدر الورثة على الاضطلاع به ، كأن يكون له خبرة بمجال المستغل ، بصرف النظر عن درجة قرابة الوارث للمتوفى.

ويقوم ثمن هذا المستغل بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة . فالعبرة فى تقويم ثمن المستغل بقيمة المستغل ذاته لا باعتبار قيمة إيراده ، لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة القائم به [١].

وبعد تقويم المستغل يستنزل من نصيب الوارث الذى اختص به ، فإذا لم يف نصيبه بقيمة المستغل ألزم بقيمة الفرق[٢].

أما إذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لاتقل عن ثمن المثل .

---

(١) فكانت المادة ١٣٣٩ من المشروع التمهيدى التى أصبحت برقم ٩٠٦ تنص على أن " يراعى فى تقدير الثمن قيمة ما ينتجه هذا المستغل " ، وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا عليها أن يقدر الثمن " بمراعاة قيمة ما ينتجه لا قيمته كرأس مال فقط " ، ثم عدل النص فى لجنة المراجعة ، وأصبح ثمن المستغل " يقدر باعتبار قيمة إيراده " . ولكن فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رئى " أن يكون تقويم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده وإنما بحسب قيمته ، لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل " ولذلك استبدلت عبارة " يقوم بحسب قيمته " بعبارة " يقدر باعتبار قيمة إيراده " الواردة فى المادة ٩٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٧٤ وما بعدها) .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٧٤.

وقـــد أضيف هذا الحكم حال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلـــس الشـــيوخ . وجاء بتقريرها أن القصد من هـــذه الإضافة "مواجهة حالة التساوى فى القدرة على الاستغلال وهى حالة أغفلها المشروع وجعل المزايدة فى القيمة مناطا للترجيح " [١].

وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال ، بيع المستغل لأجنبى طبقا للقواعد المقررة فى القسمة ، ووزع ثمنه علـــى الورثـــة . وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة . ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله رضى بدفـــع ثمنه ، أعطى له ، ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٧٥ .

(٢) السنهورى ص ٢٣٢ .

مــادة (٩٠٧)

إذا اخــتص أحــد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لايضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشرح

٧٤ـ عـدم ضـمان بـاقى الورثة المدين عند اختصاص أحد الورثة بدين للتركة :

لاتدخل الديون التى للتركة على الغير ، وهى الحقوق الشخصية الــتى للمورث على مدينيه ، فى الشيوع مع بقية أموال التركة، بل تتقســم بمجــرد وفــاة المورث علىٍ الورثة كل بحسب نصيبه فى المــيراث. فإذا اختص أحد الورثة بمقتضى القسمة بالحق كله، كان ذلك بالنسبة للمدين حوالة حق من الورثة إلى أحدهم الذى وقع هذا الحــق فــى نصــيبه ، لا تكون نافذة فى مواجهته إلا بقبوله لها أو إعلانــه بها . وتقضى القواعد العامة فى حوال الحق بأن لايضمن المحــيل يسار المدين إلا إذا وجد اتّفاق خاص على هذا الضمان (م ١/٣٠٩ مدنــى) . فالمحيل لايضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ولايضمن يسار المدين فى هذا الوقت إلا باتفاق خاص . أما المادة ٩٠٧ فقــد شددت الضمان الذى تقرره القواعد العامة، فجعلت باقى الورثــة ضامنين للوارث الذى وقع الحق فى نصيبه إعسار المدين

وقت القسمة ، ولكنهم لايضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لايضمون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، مما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ... كما أن ما يدعيه من أن دين الأجرة غير قابل للانقسام غير صحيح فى القانون لأن دين الأجرة وإن كان أصلا للمورث إلا أنه مادام بطبيعته قابلا للانقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية ، إذا كان ذلك ، فإن العذر الذى استند إليه الطاعن لتبرير حقه فى الرجوع فى إقراره بالتنازل يكون منتفيا "

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٦/١٢/١٩٦٥)

---

(١) السنهورى ص ٢٣٣ وما بعدها . محمود جمال الدين زكى ص ٣١٩ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٧٦ .

مــادة (٩٠٨)

تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

الشــرح

٧٥ـ وصية المورث بقسمة أعيان التركة على ورثته :

قد يحرص الشخص قبل وفاته على أن يجنب ورثته ما قد تثيره قسـمة التركة من خلافات تؤثر فيما بينهم من عاطفة ، وتؤدى إذا تعـذر التغلـب عليها وديا إلى الالتجاء للقضاء لإجراء القسمة مما يقتضى جهدا ونفقات ، فيتولى هو عملية القسمة، وخاصة أن علمه بعناصـر تركته ومصالح الورثة يجعله أقدر من غيره على توزيع التركة .

ولهـذا أجـازت المادة للمورث أن يوصى بقسمة أعيان التركة على ورثته ، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه.

وهـذا الحكم يتفق ونص المادة ١٣ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصـدار قـانون الوصـية التى تجرى على أن : " تصح الوصـية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لـبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصى فـإن زادت قـيمة مـا عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية " .

وقـد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون الوصية عن المادة ١٣ منـه: " مـادة جديـدة وضـعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسـمتها بيـن الورثـة على وجه المصلحة التي يراها ، فيجوز للمـورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة ، وأن يوصى بأن يكـون لكل وارث ما عينه لـه ، ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قـال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمـادة ٣٨ مـن جـواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة ، يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصباء ما يراه بحيـث لايـتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة ، فإن كان أكثر من الثلـث ولـم يجز الورثة الزائد ، قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة ما زاده لكل منهم ، ورد الباقي إلى التركة " .

وبالـتالي يجـوز للمـورث عن طريق الوصية ، قسمة أعيان الـتركة علـى ورثـته بأن يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصـيبه الذي يستحقه في التركة وأن يوصى بأن يكون لكل منهم أو لبعضهم ما عينه له .

كمـا يجوز له أن يحابي بعض الورثة فيزيد في أنصبائهم عما يسـتحقونه في التركة ، وفي هذه الحالة تكون الزيادة وصية ، ومن ثـم يجب ألا يتجاوز مجموعها ثلث التركة ، باعتبار هذا الثلث هو

المقدار الذى تنفذ الوصية فيه من غير حاجة إلى إجازة الورثة. فإن كانـــت الزيادة أكثر من الثلث توقف نفاذ الوصية فى الجزء الزائد علـــى الثلـــث علـــى إجازة الورثة . فإذا لم يجز الورثة هذا الجزء الـــزائد قســـم الثلـــث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة ما زاده المورث لكل منهم ورد الباقى إلى التركة [١].

ولمـــا كانت قسمة المورث تتم بطريق الوصية فإنه يجوز له أن يرجع عنها دائما كلها أو بعضها كما هى القاعدة فى الوصية (م١٨ مـــن قـــانون الوصـــية) ولكنها تصبح لازمة بوفاة الموصى، دون حاجة إلى قبول من جانب الورثة الذى عينت أنصباؤهم كى يتحقق هذا اللزوم [٢].

والقسمة فى هذه الصورة تتم بإرادة منفردة هى إرادة المورث، فهـــى قسمة مضافة إلى ما بعد الموت ، أداتها الفنية هى الوصية . ولذلك فالقواعد التى تحكمها تجمع بين أحكام الوصية وأحكام القسمة كما يتضح مما يلى .

فباعتـــبارها وصـــية ، أى تصرف قانونى ، تخضع فيما يتعلق بـــإرادة الموصـــى وخلوها من العيوب وأهليته ، وكذلك فيما يتعلق

---

(١) المذكـــرة التفســـيرية لقـــانون الوصـــية – محمد كامل مرسى الوصية وتصرفات المريض مرض الموت ١٣٦٩هـــ- ١٩٥٠ ص ١٥٣.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٧٨٠ وما بعدها .

بالإثـــبات لأحكـــام الوصية . فلا تسمع الدعوى المبنية على وصية بالقســـمة – عـــند الإنكـــار – إلا إذا كانت الوصية ثابتة فى ورقة رســـمية أو مكـــتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ، أو فى ورقـــة عرفـــية مصـــدقا على توقيع الموصى عليها (م٢ من قانون الوصية) [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد يتولى المورث نفسه قسمة تركته على الورثة بوصيته قبل وفاتـــه ، فيجب أن تكون الوصية بورقة رسمية ، وأن تراعى فيها القواعـــد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة ، وبتحديد القدر الذى تجوز فـــيه الوصية ، فإن جاوزت الوصية لوارث جاز للمورث أن يزيد فـــيما أفرزه من نصيب أحد الورثة ، بالقدر الذى تجوز فيه الوصية ... الخ " [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " النص فى المادة ٩٠٨ من القانون المدنى على أن " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث أو لـــبعض الورثـــة قـــدر نصيبه ، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهـــم علـــى استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية" لايفيد أن

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٤٨٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٢٨٦ .

الـــوارث يكتســـب ملكية نصيبه في التركة بالميراث إذا أوصى له المـــورث بمـــا يعـــادل هذا النصيب . ذلك أن النص المذكور إنما يعرض إلى القسمة التي يجريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته وتكون في صورة وصية " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

مـادة (٩٠٩)

القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائما . وتصبح لازمة بوفاة الموصى .

الشـرح

٧٦ـ جواز الرجوع فى الوصية بالقسمة :

إن القسـمة كما تكون منجزة يمكن أن تكون مضافة إلى ما بعد الموت ، وهى كأى وصية أخرى لاتلزم الوارث فيجوز له الرجوع فيها دائما ولاتصبح لازمة إلا بوفاته .

وكانـت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى (برقم ١٣٤٢) تـنص على أن : " القسمة المضافة إلى بعد الموت يجوز الرجوع فـيها دائما ، ولكن لايتم الرجوع إلا إذا كان فى ورقة رسمية" . إلا أن المادة عدلت إلى وضعها الحالى بلجنة الشئون التشريعية بمجلس الـنواب " وذلـك للتنسيق بينها وبين المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية " (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٧٩ .

مـــادة (٩١٠)

إذا لـــم تشـــمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته ، فإن الأمـــوال الـــتى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقا لقواعد الميراث .

الشـــرح

٧٧- أموال المورث التى لم تدخـل فى القسمة :

قـــد لايستطيع المورث وقت القسمة أن يحصر على وجه اليقين كـــل الأمـــوال التى سيتركها عند موته ، كما أن المورث قد يمتلك أمـــوالا جديدة بعد القسمة ، فلا تكون قد دخلت بالتالى فى قسمته ، فـــى هـــذه الحالة تنتقل ملكية هذه الأموال جميعها إلى الورثة ملكية شائعة طبقا لقواعد الميراث .

وقد سكت المشرع عن حالة ما إذا كان المورث قد تصرف فى بعض ما تناولته القسمة من أموال . ويرى أغلب الشراح أن القسمة فـــى هـــذه الحالـــة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة وذلك لأن هذا التصرف يهدم القسمة بحيث يستحيل إجراؤها على النحو الذى جاء فى الوصية . كما أنه لما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية ،

فـــإن تصـــرف المورث فى بعض الأموال التى أدخلها فى القسمة يعتبر عدولا منه عن الوصية ، فتسقط القسمة [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ففـــيما يتعلق بالأموال ، إذا لم تدخل فى القسمة أموال تركها عـــند موته ، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة ، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فى القسمة ، فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة "[٢].

---

(١) السنهورى ص ٢٣٩ وما بعدها - عبد المنعم الصده ص ٧٨١- محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية جـ٥ ص ١٨٨- محمود جمال الديـــن زكـــى ص ٣٢١ - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص ٤٨٤- محمد وحيد الدين سوار ص ٧٤٨ فيريان أن التصرف فى المال وإن كان يدل على الرجوع فى الوصية بالنسبة للأموال المتصرف فيها إلا أنـــه لايدل حتما على قصد الرجوع فى الوصية بالقسمة بأكملها، بل يكـــون اســـتخلاص قصـــد الـــرجوع فى الوصية بالقسمة جميعا مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وفقا للظروف ، مراعيا فى ذلـــك مدى تأثير التصرف على كيان القسمة فى جملتها ، فإذا لم تستفاد نـــية الـــرجوع فتطبق القواعد الخاصة بحالة ما إذا لم يدخل فى القسمة جميع الورثة والتى سيأتى ذكرها .

(٢) الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٨٧ .

مادة (٩١١)

إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة ، فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقي الورثة طبقا لقواعد الميراث.

الشرح

٧٨ـ موت واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة :

إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة ، ولم تتغير أنصباء الباقي بعد الموت ، فإن الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقي الورثة جميعا بنسبة حصة كل منهم في الميراث ، سواء منهم من دخل القسمة ومن لم يدخل فيها .

ويطبق نفس الحكم إذا قام مانع يمنع إرث واحد أو أكثر ممن دخلوا في القسمة كما لو قتل أحدهم المورث عمدا .

وإذا كـــان مـــن مات من الورثة المحتملين ولدا للمورث وترك فـــروعا تجب لهم وصية واجبة ، فإن نصيبه يؤول إلى فروعه فى حدود أحكام الوصية الواجبة [(١)].

٧٩ـ زيادة الورثة وقت الموت :

إذا زاد عـــدد الورثة وقت الموت عما كانوا وقت الوصية، ولم تتغير أنصباء من دخل فى القسمة منهم بعد هذه الزيادة، فإن القسمة تظـــل نـــافذة بالنسبة إلى من دخلوا فيها . إذ أنه يجوز أن يقتصر المورث علىتعيين نصيب بعض الورثة دون البعض الآخر (م٩٠٨ مدنى ، ١٣ من قانون الوصية) .

وعلى ذلك يكون ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

" وفـــيما يـــتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فإن القسمة تصبح باطلة " ، إنما تنصرف إلى الحالة التى يدخل فيها جميع الورثة الوصية بالقسمة [(٢)].

---

(١) منصـــور مصطفى منصور ص ٤٨٤- وقارن محمد وحيد الدين سوار ص ٧٤٨ فـــيرى أن حكـــم القسمة يبقى نافذا على الأحفاد أيضا لأنهم يحلـــون محـــل والدهم بنصيبه فى الإرث على أن هذا الحلول يجب ألا يـــتجاوز ثلـــث التركة طبقا لقواعد الوصية الواجبة ، أما ما يفيض عنه فيؤول شائعا إلى باقى التركة .

(٢) الســـنهورى ص ٢٤١ – عـــبد المـــنعم الصده ص ٧٨٢ وكانت المادة ١٣٤٤ مـــن المشـــروع التمهـــيدى المقابلة للمادة ٩١١ مدنى تنص فى

أمـــا إذا حجـــب أحد الورثة بوارث وجد بعد القسمة ، وتغيرت الأنصـــباء بهذا الحجب ، فإن القسمة تبطل ، وذلك لأن هذا التغيير فـــى الأنصبة يهدم القسمة بحيث يستحيل إجراؤها على النحو الذى جاء فى الوصية [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (ب) وفـــيما يـــتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ... وإذا نقصوا بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث، ولم تتغير أنصباء الباقى بعد هذا الموت ، فإن الحصة المفرزة التى وقعـــت فى نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كـــل مـــنهم فـــى الميراث وإن حجب أحد منهم بوارث بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب بطلت القسمة "[٢].

فقـــرتها الأولى على أن : " إذا لم يدخل فى القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث ، كانت القسمة كلها باطلة" .

إلا أن اللجنة التشريعية بمجلس النواب رأت حذف هذه الفقرة لتتسق مع المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية وليتمكن المورث من إفراز نصيب بعـــض الورثـــة إذا رأى الاقتصـــار علـــى ذلـــك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٨٢ وما بعدها) .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص٢٨٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٨٧ .

مــادة (٩١٢)

تســرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن .

الشرح

٨٠ـ سـريان أحكـام القسـمة عامـة عـدا أحكام الغبن على القسمة المضافة إلى ما بعد الموت :

تســرى علـــى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن .

ومـــن ثـــم تســـرى على قسمة المورث أحكام القسمة المتعلقة بضــــمان التعرض والاستحقاق وبامتياز المتقاسم . وقد خصت هذه الأحكام بالذكر نظرا لأهميتها .

أمـــا الغبـــن فلم يجعله الشارع سببا من أسباب الطعن فى هذه القســـمة . علـــى اعتـــبار أن كـــل ما يزيد فى نصيب الوارث عن استحقاقه فى التركة يعتبر وصية فتسرى عليه أحكامها وبذلك يندفع التداخل بين أحكام الوصية والأحكام المتعلقة بالغبن[١].

---

(١) وكانـــت الفقرة الأولى من المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدى (المقابلة للمـــادة ٩١٢ مدنـــى) تـــنص علـــى سريان أحكام الغبن على القسمة المضافة إلى ما بعد الموت ولذلك جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : "وقســـمة المورث تسرى عليها أحكام القسمة ، ولاسيما الأحكام المتعلقة

....

بضـــمان الـــتعرض والاســـتحقاق ، وبامتياز المتقاسم وبالغبن . إلا أن الـــوارث الـــذى يطعن فى القسمة بالغبن يجب عليه أن يرفع دعواه فى السنة التالية لتسلم أموال التركة ".

إلا أن لجـــنة القـــانون المدنى بمجلس الشيوخ استبعدت (الغبن) على اعتـــبار أن كل ما هو زيادة ستسرى عليه أحكام الوصية ، وذلك حسما للخـــلاف الذى يوجده التداخل بين الغبن والوصية " . وقد وافق المجلس على ذلك .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٨٤ وما بعدها).

مـــادة (٩١٣)

إذا لم تشمل القسمة ديون التركة ، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة ، جاز عند عدم تسوية الديون بالإتفاق مـــع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة ٨٩٥ ، علـــى أن تـــراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها .

الشرح

٨١ ـ عدم شمول القسمة ديون التركة أو شمولها لها وعدم موافقة الدائنين عليها :

المقـــرر أن قســـمة المورث ديون التركة بين الورثة لكى تكون نـــافذة فى حق دائنى التركة يجب أن يوافق عليها هؤلاء الدائنون . فإذا لم يوافق الدائنون على هذه القسمة أو إذا كانت القسمة لم تشمل هـــذه الديـــون فـــإن التركة تبقى مثقلة بهذه الديون . ويجب إجراء تســـوية جديدة للديون بالاتفاق مع الدائنين ، فإذا تعذر الوصول إلى هذه التسوية جاز لأى وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شـــئون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقا للمادة ٨٩٥ مدنى .

فتـــتولى المحكمـــة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيـــث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها

بمـــا يكون في نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث (م٨٩٥/١)
وترتـــب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو مـــنقول ، علـــى أن تحـــتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأميـــن . فـــإن اســـتحال ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثـــة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥/٢) .

وفـــى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد ســـبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص (م٨٩٥/٣) .

إلا أن المـــادة أوجبـــت علـــى المحكمة التى تجرى القسمة أن تـــراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا قسمت ديون التركة على الورثة في قسمة المورث وجبت موافقـــة الدائنيـــن على ذلك . فإن لم تدخل الديون فى القسمة ، أو دخلـــت ولم يوافق الدائنون ، قسم القاضى الديون طبقا للأحكام التى تقـــدم ذكـــرها فى المادتين ١٣٢٧و ١٣٢٨، مراعيا بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٨٧ .

أحكام التركات التى لم تصف :

مـــادة (٩١٤)

إذا لـــم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جـــاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون .

الشـــرح

٨٢ـ الإجراءات الفردية للتنفيذ بحقوق الدائنين :

رأيـــنا فـــيما سلف أن الوارث يتملك أموال التركة بمجرد موت المـــورث ، ولكنها تنتقل إليه مثقلة بحقوق الدائنين . ومن ثم إذا لم تـــتخذ بشأن التركة إجراءات التصفية الجماعية ، فلا يكون من بد أمـــام الدائنين العاديين سوى التنفيذ بحقوقهم قبل المورث بإجراءات فردية يتولاها كل دائن على حدة .

وإذ كانـــت المادة قد تناولت حقوق الدائنين العاديين دون غيرهم من الدائنين الذين حصلوا فى حياة المورث على تأمين عينى يضمن ديونهـــم ســـواء كـــان رهنا أو اختصاصا أو امتيازا ، فلأن هؤلاء الدائنين يكونون فى مأمن من كل خطر يهدد حقوقهم . حيث يخولهم هذا الضمان التقدم فى استيفاء حقوقهم من المقابل النقدى للمال المحمل

بالتأمين على الدائنين العاديين للتركة والدائنين التالين لهم فى المرتبة ، كما يخولهم تتبع هذا المال إذا حصل التصرف فى أى يد يكون .

غير أن هؤلاء الدائنين قد تثبت لهم مع ذلك الحقوق التى يخولها القانون الدائنين العاديين للتركة . إذ القاعدة أن الدائن صاحب التأمين العينى لايفقد حقه فى المزايا التى يقررها القانون لكل الدائنين . وعليه إذا لم يكف المال المحمل بالضمان فى هذه الحالة للوفاء بكل الدين استطاع الدائن أن ينفذ على أى مال آخر فى التركة وأن يتتبع هذا المال فى الحدود المقررة لغيره من دائنى التركة العاديين [١].

ونفرق فى اتخاذ الدائنين هذه الإجراءات وفى أثرها بين حالتين:

١- حالة عدم تصرف الورثة فى أموال التركة أو عدم ترتيب حق عينى عليها للغير .

٢- حالة تصرف الورثة فى أموال التركة أو ترتيب حق عينى عليها للغير .

ونعرض للحالتين على التوالى فى البند التالى :

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٣٣ وما بعدها .

٨٣ ـ حالتا اتخاذ الدائنين إجراءات التنفيذ الفردى وأثرهما :

(أ) الحالة الأولى :

حالة عدم تصرف الورثة فى أموال التركة أو عدم ترتيبهم حق عينى عليها للغير :

رأينا أن التركة تنتقل إلى الورثة محملة بديونها ، ولاستقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث ينحصر ضمان دائنى المورث فى أموال التركة ، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة . ولو كانت أموال التركة لاتكفى للوفاء بديونهم .

فأموال التركة تتحمل بحق عينى تبعى لصالح الدائنين العاديين يترتب عليه أن دائنى الوارث لايستطيعون مزاحمة دائنى المورث فى اقتضاء حقوقهم من هذه الأموال ولو رتب لهم الوارث عليها حقا عينيا، فيفضل دائنو المورث على دائنى الوارث فى هذا المجال. وتثبت هذه الأفضلية لدائنى المورث حتى لو لم يقوموا بشهر حقوقهم . فطالما كانت أموال التركة باقية على ملك الوارث فإنه يحق لدائنى المورث أن ينفذوا عليها لاقتضاء حقوقهم، حتى لو لم يقوموا بشهر هذه الحقوق رغم استطاعتهم ذلك ، ولايكون لدائنى

الـوارث الحق فى اقتضاء حقوقهم من ثمن هذه الأموال إلا بعد أن يسـتوفى دائنو المورث حقوقهم . ذلك أن القانون جعل شهر حقوق دائنى المورث بطريق التأشير الهامشى، ولم يجعله بطريق التسجيل. ومقتضـى هذا أنه إذا أهمل الوارث فى شهر حق الإرث فلا يكون فـى اسـتطاعة دائن المورث أن يقوم بشهر دينه . إلا أنه مع ذلك تثبـت لهـذا الدائـن بمقتضى ماله من حق عينى تبقى على أموال الـتركة الأفضـلية علـى دائن الوارث فخفاء ديون التركة فى هذه الحالـة لايحـول دون ثبوت هذه الأفضلية. حيث لايصح أن تكون حماية حقوق دائنى المورث رهينة بمبادرة الوارث إلى شهر حقه . ولهـذا فـإن هذه الأفضلية تثبت لدائنى المورث حتى لو لم يقوموا بشهر حقوقهم رغم استطاعتهم ذلك .

ويتضح من هذا أن تحمل أموال التركة بحق عينى تبعى لصالح دائـنى المـورث هو الذى يكفل حماية حقوقهم من مزاحمة دائنى الوارث (١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى أنه :

" للدائن فى جميع الأحوال ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلـك ، أى بعـد شهر حق الإرث، أن ينفذ على أعيان التركة التى

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٣٤ وما بعدها .

تكـــون باقـــية على ملك الوارث. بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقـــارات التركة وسجل عقد البيع بعد تسجيل حق الإرث ولم يؤشر الدائـــن بدينه كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التى لم يتعلق بها حق الغير " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ورثـــة المديـــن - باعتبارهم شركاء فى تركته كل منهم بحسب نصيبه - إذا أبدى واحد منهم دفاعا مؤثرا فى الحق المدعى بـــه علـــى التركة كان فى إبدائه نائبا عن الباقين فيستفيدون منه ، وذلـــك لأن الـــتركة منفصـــلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم مـــنها . وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ويكفى أن يبديه البعض ليستفيد مـــنه البعض الآخر . فإذا تمسك بعض الورثة فى دعوى مرفوعة مـــنهم بطلب براءة ذمة مورثهم بدين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم فـــإنهم يكونـــون فى إبداء هذا الدفع نائبين عن باقى الورثة الذين لم يشـــتركوا فى الدعوى ويفيد من الحكم بسقوط الدين بالتقادم الورثة الآخرون الذين لم يشتركوا فى الدعوى " .

(طعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٩)

٢- " المقـــرر وعلى ما جرى به قضاء النقض أن تركة المدين تتشـــغل بمجـــرد الوفاة بديون والتزامات المتوفى بما يخول لدائنيه استيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم مادام أن الدائن قائم لأن الـــتركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وترتيـــبا علـــى ذلـــك يكون دفع المطالبة الموجهة إلى التركة فى شـــخص الورثـــة غـــير قابل للتجزئة يكفى أن يبديه البعض منهم فيســـتفيد مـــنه البعض الآخر . وإذ قضت محكمة الاستئناف بقبول الدفـــع بانقضاء الخصومة بمضى المدة بالنسبة لبعض الورثة دون أحدهـــم- الطاعـــن - الذى قضى برفض الدفع بالنسبة له وبإلزام الـــتركة ممثلة فى شخصه بالدين فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩) [١]

---

(١) ويلاحظ أن الوارث لايعتبر قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث ويباح له الطعن فيها بكافة طرق الإثبات.

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إن كـــان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث فى الحقوق التى لتركته وفى الالتزامات التى عليها ، إلا أن القانون جعل للوارث مع ذلك حقوقا خاصة به لايرثها عن مورثه بل يستمدها من القانون مباشرة وهذه الحقـــوق تجعل الوارث غير ملزم بالتصرفات التى تصدر من المورث على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا

علـــى القانون ومن ثم فإن موقف الوارث بالنسبة للتصرف الصادر من مورثـــه – ســـواء لأحـــد الورثة أو للغير – تختلف بحسب ما إذا كانت صـــفته وســـنده وحقـــه مستمدا من الميراث – أى باعتباره خلفا عاما للمـــورث– أو مستمدا فى القانون – أى باعتباره من الغير بالنسبة لهذا التصـــرف – فإن كانت الأولى أى باعتباره وارث – كان مقيدا لمورثه بالالتزامات والأحكام والآثار المفروضة عليه طبقا للتعاقد والقانون – أما إذا كانـــت الثانـــية – أى باعتـــباره مـــن الغير – فإنه لايكون ملتزما بالتصرف الصادر من المورث ولامقيدا بأحكامه ولا بما ورد فى التعاقد الصادر بشأنه بل يسوغ له استعمال كامل حقوقه التى خولها به القانون فى شأنها – بما لازمه اختلاف دعوى الوارث فى كل من الموقفين عن الآخر من حيث الصفة والسبب والطلبات والإثبات " .

(طعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٥)

٢- " الوارث لايعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المـــورث ومن ثم فإنها تسرى عليه غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضرارا به".

(طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

٣- " المقـــرر فـــى قضـــاء هذه المحكمة أن الوارث لايعتبر قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث ، بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق لأنه فى هذه الصـــورة لايســـتمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولاتقف نصـــوص العقـــد وعـــباراته الدالـــة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الإثبات ".

(طعن رقم ٧٥١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٩)

(ب) الحالة الثانيـــة :

حالـــة تصـــرف الورثة فى أموال التركة أو ترتيبهم حقٍ عينى عليها للغير .

يترتب على تملك الوارث لأموال التركة المدينة من وقت الوفاة أن يكـــون فى استطاعته من هذا الوقت التصرف فى تلك الأموال، حيث يقع تصرفه صحيحا باعتباره صادرا من مالك ، ويترتب على ذلـــك قيام تعارض بين مصلحة دائنى المورث الذين تعلقت حقوقهم بـــأموال التركة ومصلحة المتصرف إليه . وكلتاهما مصلحة جديرة بالاعتـــبار ، الأمـــر الذى يوجب التوفيق بينهما . ولايكفى لحماية حقـــوق دائنى المورث أن يعترف لهم القانون بحق عينى تبعى على أموال التركة ، بل يجب فضلا عن ذلك أن تنظم الوسيلة التى تكفل لهـــم الاحـــتجاج بحقوقهم على من صدر له التصرف ، بحيث تقوم المفاضلة بين المصلحتين المتعارضتين على أساس التوفيق بينهما[1].

ويجـــب لذلـــك التفرقة بين التصرف فى العقار أو ترتيب حق عينى عليه وبين التصرف فى المنقول .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٣٦ – الدكتور نبيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٩٩ ص ٥٢٩ .

٨٤ – أولاً: التصرف فى العقار أو ترتيب حق عينى عليه :

تـنص المادة ٩١٤ مدنى على أنه إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقـا لأحكـام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن يـنفذوا بحقوقهـم أو بمـا أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصـل التصـرف منها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون .

وعلـى ذلـك إذا تصرف الورثة فى عقارات التركة بعد شهر حقوقهم فى الإرث ، أو رتبوا على هذه العقارات لصالح الغير حقا عينـيا كرهـن رسمى أو رهن حيازة ، فإنه يجب على الدائنين إذا أرادوا الاحـتفاظ لأنفسـهم بحق تتبع العقارات فى أيدى المتصرف إلـيهم ، وبحـق الـتقدم على الدائنين الذين رتبت لهم الورثة على العقـارات حقوقـا عينـية ، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون. والمقصود هنا قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

ومـا يسرى على الدائنين يسرى على الموصى لهم ، لأنهم قد أصبحوا دائنين للتركة بمجرد موت المورث .

والقـاعدة أنه لايجوز شهر تصرف يصدر من الوارث فى حق عيـنى على عقار من عقارات التركة إلا إذا تم تسجيل حق الإرث. ومعنى هذا أنه إذا لم يتم تسجيل حق الإرث فلا يستطيع المتصرف

إلــيه أن يتوصـــل إلـــى شهر التصرف وبالتالى لايكسب الحق فى مواجهة دائنى التركة وإنما يكون بالنسبة إليهم مجرد دائن عادى(١).

أمـــا إذا تـــم تسجيل حق الإرث فإن المتصرف إليه يستطيع أن يقـــوم بشـــهر التصرف . وعندئذ يطبق حكم المادة ١٤ من قانون الشـــهر العقارى التى تجرى على أن : " يجب التأشير بالمحررات المثبـــتة لديـــن من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشـــهادات أو الأحكـــام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم الجـــرد المـــتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومـــع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إلـــيه، فللدائـــن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل بدأ التأشير " .

وقـد جـاء فـى المذكـرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى عن هذا النص :

" تـــرمى المادة (١٤) إلى تنظيم القاعدة المعروفة التى تقضى بـــأن لا تـــركة إلا بعـــد وفاء الديون وتخول دائن التركة أن يتتبع أعـــيانها لاســـتيفاء حقه بطريق الأفضلية على الوارث ومن يتعامل

(١) نبـــيل ســـعد ص ٥٣٠- وقـــد قضت محكمة النقض بأن " إن حق دائن الـــتركة فـــى تتـــبع العين المبيعة منها لايشترط له - لكى ينفذ فى حق المشترى- أن يكون الدين مسجلا أو مشهرا " .
(طعن رقم ١٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٢٤)

معـــه، فأوجبت على دائن التركة أن يؤشر بالمحررات المثبتة لدين مـــن الديـــون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات المثبتة للإرث وقوائم جرد التركة المتعلقة بها. ويحـــتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله . وفى هذا توفيق بين حق الدائـــن فى تتبع أعيان التركة وبين مصلحة الغير الذى يتعامل مع الوارث فى أن يهيأ له سبيل العلم بما لدائنى التركة من حقوق على أعيانها . وسبيل التوفيق هو إلزام الدائن بشهر دينه بطريق التأشير بـــه على هامش تسجيل حق الإرث حتى يكون له التمسك بحقه قبل مـــن يـــتلقى مـــن الـــوارث حقا عينيا عقاريا على عين من أعيان التركة".

فـــى هـــذا الفرض لايستطيع الوارث أن يتصرف فى عقارات الـــتركة ، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية وإلى أن يتم هذا التسجيل لايجوز شهر أى تصرف من الـــوارث فـــى حـــق مـــن هذه الحقوق (م١/١٣ من قانون الشهر العقارى) [١].

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تصـــرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القـــانون المدنى من حيث اعتباره صادرا من غير مالك ، وبالتالى سببا صحيحا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي، ومن حيث عدم اعتباره محلا لدعوى إبطال التصرف إضرارا بدائن التركة . لكن الحكم الصادر على

ومن هذا يتضح أنه يجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يؤشر الدائن بدينه تأشيرا هامشيا وفقا لنص المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث.

وفى هذا الفرض يصبح حق الدائن نافذا فى مواجهة كل من تلقى من الوارث حقا على عقار من عقارات التركة ولو كان قد شهر هذا الحق قبل أن يؤشر الدائن بحقه . وعلى ذلك يستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على العقارات فى يد المتصرف إليه .

ويلاحظ أن الأصل فيما يتعلق بالشهر أن يحدث أثره من وقت حصوله ، ولكن الشارع هنا خرج على هذا الأصل ، فجعل التأشير بدين الدائن فى خلال سنة من تسجيل حق الإرث مؤديا إلى نفاذ حقه مطلقا قبل كل من تلقى من الوارث حقا عينيا على عقار من

هذا الأساس- بملكية المشترى للعين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لايمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادما مسقطا للحق العينى الذى يثقلها إذ هذا الحق هو حق تبعى لايسقط بالتقادم مستقلا عن الدين الذى هو تابع له . وبقاء هذا الحق العينى على الأرض المبيعة هو سند الدائن فى تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فمن الخطأ أن يقضى بإلغاء إجراءات نزع الملكية التى يتخذها الدائن على تلك الأرض إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن فى تتبع العين لاستيفاء دينه " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/٢/٢٧)

عقارات التركة ، ولو كان المتصرف إليه قد قام بشهر حقه قبل هذا التأشير .

فقد جعل القانون للتأشير الذى يتم فى خلال السنة أثرا رجعيا ، وهذه إحدى الحالات التى يكون فيها للشهر أثر رجعى بنص صريح من المشرع وذلك كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى (١).

"حماية للدائن من التصرفات التى قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه ".

فإذا فرضنا مثلا أن الوارث باع عقارا من عقارات التركة قبل أن يسدد ديونها ، وكان الدائن قد أشر بدينه فى خلال سنة من تسجيل حق الإرث ، استطاع الدائن أن يتتبع العقار تحت يد المشترى فينفذ عليه بحقه ، حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بدينه . وليس للمشترى من الوارث حق تطهير العقار، إذ أن التطهير إجراء استثنائى لايثبت إلا بمقتضى نص فى القانون ، ولم يرد مثل هذا النص إلا فى خصوص الرهن الرسمى وحق الاختصاص (٢).

---

(١) الدكتور محمود شوقى الشهر العقارى علما وعملا إعداد فتحى جابر العقبلى سنة ١٩٩٠ ص٤٢٥ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٧٣٩ .

الفرض الثانى :

أن يــتم تأشير الدائن بحقه بعد مضى سنة من تاريخ شهر حق الإرث . وهــنا تكــون المفاضــلة بين الدائن والمتصرف إليه من الــوارث علــى أساس الأسبقية فى الشهر ، فإذا كان الدائن قد أشر بدينه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف أصبح حق الدائن نافذا فى مواجهة المتصرف إليه ، وبالعكس إذا تم شهر التصرف قبل أن يؤشر الدائن بدينه فلا يكون حق الدائن نافذا فى مواجهة المتصرف إليه [١].

ولنوضح ذلك بمثال : فإذا فرضنا أن زيدا من الناس تلقى تركة مديــنة لعمــرو ، ثم قام زيد بشهر حق الإرث فى أول مارس سنة ٢٠٠٣ ، وأهمل عمرو التأشير بحقه على هامش هذا التسجيل. فإذا تصـــرف زيد فى عقار من عقارات التركة بأن باعه إلى خالد بعقد تسجل فى أول ديسمبر من السنة نفسها ، وانقضى العام وعمرو باق علـــى إهماله ، أفلت هذا العقار نهائيا من نطاق الضمان ، ولم يكن له أن يتتبعه تحت يد خالد الذى يستطيع أن يحتج فى مواجهته بعدم التأشير بدينه خلال المدة التى حددها القانون .

---

(١) منصـــور مصطفى منصور ص ٤٦٦ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٢٩١ .

أمـــا إذا تـــدارك عمـــرو الأمر وبادر إلى التأشير بدينه قبل أن ينـــتهى شهر فبراير ٢٠٠٤ ، فقد حفظ بذلك حقه فى مواجهة خالد الـــذى لايســـتطيع أن يمـــنع عمرو من التنفيذ على العقار تحت يده بحجـــة أن تسجيل البيع سابق على التأشير بالدين ، فلا عبرة بمثل هـــذه الأســـبقية إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث. وقـــد أراد المشـــرع بذلـــك أن يحمـــى دائـــنى التركة من التصـــرفات التى قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بتسجيل حق الإرث ، والتأشير بدينه تبعا لذلك [١].

أمـــا حق التتبع فيتحقق إذا باع الوارث مثلا عقارا من عقارات الـــتركة وســـجل المشترى المبيع ، فإذا لم يستوف الدائن حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتتبع العقار المبيع تحت يـــد المشترى كما كان يتتبعه لو أنه كان دائنا مرتهنا فيستوفى حقه مـــنه وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه ، مادام التأشير قد تم فى خلال سنة من تاريخ شهرحق الإرث .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفـــاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظـــيم الشـــهر العقارى مرتبطا بنص المادة ١٣ منه وبما أورده المشـــرع بالمذكـــرة الإيضاحية لذات القانون ، أنه وإن كان إعمال

---

(١) محمد على عرفه ص ٦١٢ .

المفاضـلة فـى مقام نقل الملكية لايتم إلا على أساس الأسبقية فى الشهر طبقا للمادة التاسعة من القانون المشار إليه ، إلا أن المشرع فـى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مـع الوارث منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه فى الإرث فـإذا كـان الإرث لـم يشهر فإن المشترى من الوارث لايستطيع الاحـتجاج بعقـده فى مواجهة دائنى التركة – ومنهم المشترى من المـورث بعقـد غـير مسجل . أما إذا أشهر حق الإرث فقد خول المشرع دائنى التركة – بما فيهم المشترى لعقار المورث إذا لم يكن قـد سـجل عقـد شرائه – وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الـوارث وهـى المبادرة إلى التأشير بحقوقهم فى هامش شهر حق الإرث خـلال سنة من حصوله ، فإذا لم يؤشر الدائن بحقه إلا بعد انـتهاء هذا الميعاد فإنه يفقد الحق فى الاحتجاج بالتصرف الصادر إلـيه من المورث فى مواجهة المشترى من الوارث على أساس من الحماية المقررة له بموجب المادة ١٤ السالفة الذكر ".

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٦٦/١١/١)

٢- " وفقـا لـنص المـادة ١/٨٧ من القانون المدنى إن أيلولة العقـارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلـك مـتوقفا على شهره. والنص فى المادة ١٣ من قانون تنظيم

الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به – كما ورد فـــى مذكـــرته الإيضـــاحية – الإخلال بالأحكام الواردة فى القانون المدنــــى التى تتناول انتقال الحقوق بالميراث ... فالتصرف الصادر من الوارث فى حق عينى عقارى تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق علـــيه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقـــارا تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية الـــتى يلتزم بها البائع ومن بينها الالتزام بنقل الملكية إلى المشترى واتخـــاذ الإجـــراءات اللازمـــة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث ، ومفهوم المواد ٢/٨٧٩، ٨٩٧، ٩٠٠ ، ٩١٤ من القانون المدنى أن المشـــرع المصـــرى قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أمـــوال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مســـتغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما التزامات المورث فلا تنتقل إلـــى ذمـــة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أمـــوال التركة ، وقانون تنظيم الشهر العقارى حماية لدائنى التركة ضـــد التصرفات الضارة بحقوقهم نص فى *المادة ١٤* منه *على أنه* يجـــب التأشـــير بالمحـــررات المثبتة لدين من الديون العادية علىَ المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن

أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشـــهره قـــبل هذا التأشير وتطبيقا لهذا النص فإن لدائن المورث- والموصى له بعقار فى التركة إذا لم يسجل يكون فى مركز الدائن- إذا أشـــر بدينـــه فـــى هامش تسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكـــام النهائـــية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث فى خـــلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج على كل من تلقى مـــن الـــوارث حقـــا عينيا وقام بشهره قبل هذا التأشير فإذا أهمل الـــوارث فـــى شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذى يظل رغم خفائه عالقا بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها ، على أنه بالنســبة للوصـــية فـــنظرا للمـــادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقـــارى رقـــم ١١٤ لسنة ٤٦ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبـــت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التى ترمى إلـــى إنشـــائها لاتنشـــأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تســـجيلها قـــبل مضى سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصـــى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقا عينيا على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية " .

(طعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٤)

غير أنه إذا تصرف الوارث فى عقار من عقارات التركة ، وكان تأشير الدائن بدينه بعد انقضاء السنة ولا حقا على شهر التصرف فلم يستطع الاحتجاج بحقه على المتصرف إليه ، جاز للدائن أن يطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها[١].

وعلى ذلك فالحرص يقتضى من كل من يريد التعامل مع وارث بشأن عقار من عقارات التركة ألا يقدم على التعامل إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه فى خلال هذه السنة فيتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فإما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، أو أن يجعل الوارث يفى بالدين . فإذا لم يفعل هذا ولا ذاك، عرض نفسه لإجراءات التتبع التى يقوم بها دائن التركة .

مع ملاحظة أن يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع فى محرر واحد ، أو فى محررين يشهران فى نفس اليوم ، أو يمر بين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بعقد مسجل فترة قصيرة لا يتمكن الدائن العادى خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليبادر إلى شهر سند حقه .

---

(١) السنهورى ١٥٠ وما بعدها – الصده ص ٧٤١ .

٨٥ـ أثر شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث :

ليس مفاد ما جاء بالبند السابق ، أنه لا عبرة بكل تأشير يجريه الدائـن بعـد مضى سنة على استطاعته ذلك ، أى على شهر حق الإرث . ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقار تنص على أن : " يحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ".

أى أن العـبرة فى الاحتجاج بهذا التأشير أو عدم الاحتجاج به فى مواجهة الغير ، تكون بالأسبقية فى إجراء الشهر فمن سبق من الغـير إلى شهر التصرف الصادر إليه من الوارث أفلت نهائيا من تتبع الدائن المتأخر عليه فى التأشير بدينه ، أما من تأخر شهر حقه علـى تاريخ التأشير بدين الدائن ، كمن سجل بيعه أو قيد رهنه بعد هـذا الـتاريخ ، فلا يكون له على دائن التركة من سبيل ، بل يتقدم هذا على الدائن المرتهن فى مراتب التفضيل ، كما يكون له أن يتبع العقار تحت يد المشترى المتأخر فى التسجيل [١].

ولما صدر القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى – والـذى يعمل به فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل– نص فى المادة ٣١ منه على أنه : " يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صحف السـجل العيـنى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها ويجب على

---

(١) محمد على عرفه ص ٦١٣ – السنهورى ص ١٥٢ .

الدائـــن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة مـــن تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة (قيد حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيده قبل هذا التأشير " .

٨٦ ـ تعدد دائنى المورث :

الأفضـــلية المترتـــبة على أسبقية الشهر لا تكون إلا بين دائنى الـــتركة ومـــن ترتبـــت لهم حقوق عينية على عقاراتها عن طريق التعامل مع الوارث . أما دائنو التركة فلا تهم أسبقية الشهر بالنسبة إلـــيهم ، فهـــو جميعا بمنزلة سواء فيما يتعلق بحقهم فى التتبع ، فلا يتقدم أحدهم على آخر لكونه قد سبق فى التأشير بدينه . لكن الدائن الـــذى أشر بدينه فى خلال هذه السنة يستطيع أن يتتبع العقار الذى حصـــل التصـــرف فيه أثناء هذه المدة ، بينما لايستطيع ذلك الدائن الذى لم يؤشر بدينه [١].

ونفاذ حق الدائن قبل من يتلقى من الوارث حقا عينيا على عقار من عقارات التركة فى الحدود السالفة الذكر يثبت لكل شخص يعتبر دائـــنا عاديا للتركة كالمشترى من المورث بعقد لم يسجل قبل الوفاة

(١) محمد كامل مرسى ص ١٩٧ – عبد المنعم الصده ص ٧٣٩ .

لأنــه يكون مجرد دائن عادى . والموصىله بعقار فى التركة ولم يسجل الوصية ، فهو دائن عادى للتركة .

٨٧ـ حكم المتصرف إليه سئ النية :

لمــا كــان القصد من تحديد مدة معينة للتأشير بدين الدائن هو حمايــة المشــترى أو المرتهن حسن النية ، أى ذلك الذى قام بكل الأبحــاث والتحريات اللازمة للتحقق من سلامة العين من الحقوق، فطبيعى أنه إذا ساءت نية المشترى بأن كان عالما بالدين رغم عدم التأشــير به ، ولم يبق بالتركة ما يفى بسداد الديون ، فقد ظهر أنه يــريد الإضــرار بالدائنيــن ، فيرد عليه قصده ولاينفذ تصرفه فى مواجهــتهم ، ويكون لهم حق الرجوع عليه ، فإما خلى بينهم وبين التنفــيذ على العين ، ثم رجع على الوارث البائع بما دفع من ثمن ، وإمــا أدى إليهم قيمتها وقت تسلمها ورجع بذلك على الوارث . وما ذلــك إلا تطبيقا للأحكام العامة التى شرعها القانون لحماية الدائنين العادييــن ، فجعلت المادة ٢٣٧ مدنى لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصــدر مــن مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ٦١٣ .

٨٨ ـ حكم تصرف الوارث سيء النية :

إذا كان الوارث الذى تصرف فى المال المثقل بالدين سئ النية، سواء كان موسرا أو معسرا فإنه تصرفه ينفذ فى حق الدائن المتأخر إذا كان المشترى حسن النية . ذلك أنه قد تعلق بالعين حقان: حق الدائن وحق المشترى ، ولا بد من تقديم أحدهما على الآخر . وقد نص القانون على أن يقدم أسبقهما فى إجراء الشهر . فإذا أغفل دائن التركة شهر حقه خلال المدة التى حددها القانون انبنى على ذلك اعتباره مقصرا ، فلا يكون له سبيل على المشترى الذى بادر إلى تسجيل حقه إنما سبيله على الوارث فى هذه الحال إن أراد لتعديه على حق الدائنين بهذا التصرف فيلزمه الضمان ، ويرجع الغرماء على الورثة بقدر الثمن ، سواء أكان فيه وفاء بالدين أم لا ، ولا رجوع لهم على المشترى بشئ [1].

٨٩ـ ثانياً : التصرف فى المنقولات :

لم يوجب القانون شهر السندات المثبتة لحق الإرث فى المنقولات ولكن ذلك لايمنع أن حقوق دائنى المورث تتعلق بها كالعقارات سواء بسواء ، ولكن هذه المنقولات لا تكون ضمانا كافيا لهؤلاء الدائنين . إذ يترتب على تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز المقررة بالمادة ٩٧٦ من القانون المدنى ، تعطيل حق

---

(١) محمد على عرفه ص ٦١٣ وما بعدها .

هؤلاء الدائنين فى تتبع منقولات التركة ، فلو حدث أن باع الوارث منقولا ورثه وسلمه إلى مشتر حسن النية ، لايعلم أنه يشترى جزءا من تركة مدينه ، فإن هذا المشترى يكسب ملكية المنقول خالصة ، أى خالية من حقوق دائنى تركة المورث .

أما إذا كان المشترى سئ النية يعلم بانتماء المنقول إلى تركة لم تسدد ديونها بعد ، فلا يستطيع التمسك بالقاعدة السابقة ، ويكون لدائنى التركة تتبع هذا المنقول تحت يده وحجزه وبيعه بالمزاد استيفاء لحقوقهم [١].

٩٠- من يقوم بشهر الدين ؟

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه : " يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية ... الخ " – فقد ورد النص عاما ، ومن ثم فهو يشمل أى دائن عادى للمورث سواء كان وارثا أو غير وارث . ويدخل ضمن هؤلاء الدائنين الموصى لهم سواء كانت الوصية بمبلغ من النقود أو بعين معينة ، لأن الموصى لهم يصبحون دائنين للمورث بعد وفاته.

وللدائن مصلحة فى شهر حق الإرث حتى يتيسر له التأشير فى هامشه بسند دينه فيحتفظ لنفسه ولخلفه العام بكامل حقه ويضمن

(١) السنهورى ص ١٥٦ – محمد لبيب شنب ص ٥٥ .

المحافظـــة علـــى ســـند الديـــن من العبث أو الضياع . فضلا عن اضـــطراره فـــى حالـــة انتظار قيام الوارث أو أى ذى شأن آخر بتسجيل حق الإرث أن يوالى البحث المستمر فى دفاتر مكتب الشهر العقـــارى أو مخـــتلف المكاتـــب التى تقع عقارات التركة فى دائرة اختصاصها حتى إذا اتضح له أن حق الإرث قد سجل قام الدائن من جانبه بالتأشير بسند دينه فى هامش هذا التسجيل [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايقتصـــر حكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ على دائنى التركة من غير الورثة ذلك بأن هذا الـــنص ورد بصيغة عامة وينطبق على جميع الدائنين وارثين كانوا أو غـــير وارثيـــن ومن ثم فإن لدائن المورث أيا كان هذا الدين إذا أشـــر بدينه فى هامش تسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائـــية أو غـــيرها من السندات المثبتة لحق الإرث فى خلال سنة مـــن تـــاريخ شهر حق الإرث أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير ".

(طعن رقم ١٩٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)

---

(١) السنهورى ص ١٤٦- محمود شوقى ص ٤١٧ .

٩١- كيفية شهر الدين :

١- يجرى شهر سند الدائن العادى بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل حق الإرث ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه (مادة ١/٣٧ من قانون الشهر العقارى).

٢- يجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته وعلى بيان نوع المحرر المتقدم ذكره وتاريخ ورقم شهره والسند الذى يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها وأسماء ذوى الشأن فيه . ويجب أن يكون مصحوبا بهذا السند وبسائر الأوراق المؤيدة له (م٢/٣٧) .

فإذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى على الورثة يطالب فيها التركة بالدين . فإذا تمكن من إثبات الدين فى مواجهة الورثة ، وحصل على حكم به ، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤشر به على هامش تسجيل حق الإرث .

ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشى تحفظ فى مكاتب الشهر فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لدينه لحفظه ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطلوب وإعطاء طالب الشهر صورة شمسية منه . إلا أنه لم يفت المشرع أن الدائن العادى

فـــى حاجة إلى استرداد أصل سند الدين للمطالبة به وديا أو قضائيا ولإمكـــان إعطاء المخالصة اللازمة عليه فى حالة الدفع أو تقديمه للمحكمة فى حالة التقاضى . ولذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى على ما يأتى :

" ومـــع ذلـــك يجـــوز للدائن بالنسبة إلى التأشيرات المنصوص علـــيها فى المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن يسترد ســـند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها ".

ومضـــمون هذا النص أن للدائن العادى ، إذا أراد ذلك أن يتقدم بطلـــب إلـــى أمين المكتب يطلب فيه استرداد أصل سند الدين الذى أبـــاح التأشير الهامشى . فإنه تجب موافقة أمين المكتب على تسليم أصـــل سند الدين للطالب، ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كمســـتند من مستندات الشهر بطريق التأشير ، فقد رأى المشرع أن يستعيض عن الأصل ضمن المستندات بصورة شمسية تستخرج منه علـــى نفقة الطالب . ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الشمسية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه .

والحكمة من توقيع الدائن الصورة الشمسية هو منع كل خلاف في المستقبل بشأن هذا السند ، فقد يثار أن الصورة الشمسية خاصة بسند خلاف السند الذى يطالب به الدائن [١].

٣- لمكتب الشهر العقارى أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء ويتبع فى التأشير الهامشى وحفظ المحررات التى يتم بمقتضاها الأحكام الواردة باللائحة التنفيذية (م٣/٣٧).

٤- إذ تبين أمين مكتب الشهر أن طلب التأشير الهامشى لم يستوف ما يلزم لإجرائه من البيانات أبلغ الطالب أوجه النقص بمقتضى كتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول ويعين فى هذا الكتاب أجل لتلافى هذه الأوجه لايجاوز شهرا ، فإذا انقضى الأجل دون استيفاء الطلب أشر عليه الأمين بالحفظ مع إبداء الأسباب وأبلغ الطالب ذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م٣٨).

٩٢- الطعن فى قرار حفظ طلب التأشير الهامشى :

لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب الشهر بدائرتها (م١/٣٩) .

---

(١) محمود شوقى ص ٤٢٩ ومابعدها .

ويصــدر القاضـــي بعد سماع إيضاحات صاحب الشأن ومكتب الشـــهر العقـــارى قرارا مسببا خلال أسبوع من رفع الأمر إليه إما بتأيـــيد الحفـــظ أو بإلغائه تبعا لتحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ويكون قراره نهائيا (مادتان ٣٥، ٣٩) .

ولايجوز إجراء أى تأشير هامشي بمقتضى طلب لاحق من شأنه الإخلال بحق طلب التأشير إلا بعد انقضاء الميعاد المعين فى المادة ٣٩ أو الفصل فى تظلم الطالب على الوجه المبين بها (م٤٠) [١].

٩٣ـ التركات السابقة على العمل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ :

اقتصـــر قـــانون التســـجيل الصـــادر فى سنة ١٩٢٣ فى شهر التصـــرفات القانونـــية علـــى العقود ما بين الأحياء ، دون الوقائع والتصرفات التى تنقل الملكية بسبب الموت وهى الإرث والوصية ، وبالـــتالى لـــم يكن حق الإرث والوصية خاضعين لنظام التسجيل ، باعتـــبار أن الإرث ينقل الملكية بسبب الوفاة لا بين الأحياء فضلا عـــن أنـــه ليس بعقد وإنما يكون واقعة مادية ، كما أن الوصية وإن كانـــت تصرفا قانونيا ولكنها ليست بعقد وهى من ناحية أخرى تنقل

---

(١) محمـــد خلف شـــرح قانون تنظيم الشهر العقارى الطبعة الأولى ١٩٤٧ ص ١٧٩ .

الملـك بسـبب المـوت لا فيما بين الأحياء وقد كان ذلك سببا فى قصور دفاتر الشهر عن أن تكشف تسلسل الملكية العقارية، ولم يكن قـانون التسجيل لذلك أساسا صالحا للتمهيد لنظام السجل العينى مع وجود هذه الثغرات فيه .

ولما صدر قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ المعمول بـه مـن أول يناير سنة ١٩٤٧ أوجب تسجيل جميع التصرفات ، سـواء كانـت بين الأحياء أو بسبب الموت كالوصية ، كما نصت المادة ١٣ على وجوب شهر حق الإرث وهو واقعة مادية .

وقـد جاء بالمذكـرة الإيضاحية لقـانون تنظيم الشـهر العقارى أنه :

" ولعـل نـص هـذه المـادة والمادة التى تليها أهم ما أتى به المشـروع المـرافق من أحكام جديدة فى صدد المحررات الواجب شـهرها . ولـم يكـن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحـررات المشار إليها فى هاتين المادتين تمهيدا وتيسيرا لوضع نظـام السجلات العينية ، إذ لوحظ فى شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر فى الماضى كان سببا من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية فى البلاد ".

وقـد استثنت المادة ٥٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى حقوق الإرث السـابقة على العمل بهذا القانون من إجراء الشهر ، فجرت

على أن : " تطبق المواد ٤٨ وما يلها على حقوق الإرث التى تنشأ ابـتداء مـن تـاريخ العمل بأحكام هذا القانون . أما حقوق الإرث السـابقة علـى هذا التاريخ فلا تطبق فى شأنها المواد المذكورة إلا اختيارا " .

وطبـيعى أن يستتبع إعفاء هذه التركات من إجراء الشهر إعفاء الديـون المتعلقة بها من التأشير كذلك ، فتبقى الأحكام السابقة على القـانون سـارية على هذه الديون . وقد استقر القضاء وقتئذ على تقرير حق التتبع لدائنى التركة دون قيد أو شرط .

ويـرى جانـب من الفقه – نؤيده– أنه بالنسبة للتركات السابقة سـالفة الذكـر ، يصعب القول بأن دائن التركة، حتى يحتفظ بحق التتـبع وحق التقدم ، يتعين عليه أن يؤشر بحقه على هامش تسجيل حـق الإرث . لأن دائـن الـتركة التى فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كـان له حق التتبع وحق التقدم ، دون إجراء أى شهر للدين الـذى له طـبقا للأحكـام الـتى كان معمولا بها قبل قانون الشهر العقـارى ، فمـن حقـه أن يطمئـن إلى هذا المركز الذى كسبه ، ولايلـزمه أن يتكلف البحث فى مكاتب الشهر المختلفة التى توجد فـيها عقـارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤشر هو بحقه ، مادامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧[١].

---

(١) السنهورى ص ٢٤٦ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٨٣ هامش (٩)– وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٦١٥ وما بعدها فيرى أنه إذا قام أحد

٩٤- محو التأشير :

لمـــا كان التأشير بديون التركة على هامش تسجيل حق الإرث إجراء خطيرا لما يترتب عليه من حق الدائن فى تتبع أعيان التركة تحـــت أى يـــد كانت ، فضلا عما يخوله إياه من أولوية على سائر دائنى الوارث سواء منهم المرتهنين أو العاديين ، فقد كان طبيعيا أن

ذوى الشـــأن بشـــهر حقوق الإرث على تركة سابقة على تاريخ العمل بأحكـــام قـــانون تنظـــيم الشهر العقارى ، فإن ذلك يستتبع حتما وجوب التأشير بديون التركة فى هامش هذا التسجيل . ذلك أن المادة ٥٣ سالفة الذكـــر أعفـــت حقوق الإرث السابقة على العمل بهذا القانون من تطبيق أحكـــام المواد ٤٨ ومايليها ، وهى المواد التى تبين الإجراءات الواجبة الإتـــباع فى شهر حق الإرث فحسب . ولذلك يبقى النص الآمر بالتأشير بديـــون الـــتركة فى هامش تسجيل حق الإرث واجب التطبيق فى سائر الحـــالات الـــتى يتم فيها هذا التسجيل . وأنه يدعم هذا الاتجاه اعتبارات عملـــية هامـــة . فلا شك أن مصلحة الورثة والأغيار والدائنين عموما تتطلـــب إظهار ديون التركة لتحديد حالتها نهائيا. وبذلك لاتتعطل أعيان الـــتركة فـــى يـــد الورثة إن أرادوا التصرف فيها ، ولايحجم الغير عن شـــرائها أو ارتهانها بما يوازى قيمتها الحقيقية خشية التعرض لمفاجآت الدائنيـــن المســـتترين ، كمـــا يطمئـــن الدائنون نهائيا على حقوقهم فلا يضارون من إسراع الورثة إلى التصرف خلسة وعلى غير علم منهم . فـــإذا أهمل الدائن التأشير بحقه رغم شهر حق الإرث ، فعليه وحده تقع تبعة إهماله لانتفاء العلة التى كانت تبرر ترجيح مصلحته على مصلحة المشترى أو المرتهن حسن النية .

على أن : " تطبق المواد ٤٨ وما يلها على حقوق الإرث التى تنشأ ابــتداء مــن تــاريخ العمل بأحكام هذا القانون . أما حقوق الإرث الســابقة علــى هذا التاريخ فلا تطبق فى شأنها المواد المذكورة إلا اختيارا " .

وطبــيعى أن يستتبع إعفاء هذه التركات من إجراء الشهر إعفاء الديــون المتعلقة بها من التأشير كذلك ، فتبقى الأحكام السابقة على القــانون ســارية على هذه الديون . وقد استقر القضاء وقتئذ على تقرير حق التتبع لدائنى التركة دون قيد أو شرط .

ويــرى جانــب من الفقه – نؤيده– أنه بالنسبة للتركات السابقة ســالفة الذكــر ، يصعب القول بأن دائن التركة، حتى يحتفظ بحق التتــبع وحق التقدم ، يتعين عليه أن يؤشر بحقه على هامش تسجيل حــق الإرث . لأن دائــن الــتركة التى فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كــان له حق التتبع وحق التقدم ، دون إجراء أى شهر للدين الــذى له طــبقا للأحكــام الــتى كان معمولا بها قبل قانون الشهر العقــارى ، فمــن حقــه أن يطمئــن إلى هذا المركز الذى كسبه ، ولايلــزمه أن يــتكلف البحث فى مكاتب الشهر المختلفة التى توجد فــيها عقــارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤشر هو بحقه ، مادامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧[١].

---

(١) السنهورى ص ٢٤٦ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٨٣ هامش (٩)– وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٦١٥ وما بعدها فيرى أنه إذا قام أحد

ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فـــى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة فللدائن أن يحـــتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيده قبل هذا التأشير " .

كمـــا نـــص فـــى البند (٥) من (أولا) فى التصرفات والحقوق الواجـــب قـــيدها فى السجل الواردة بملحق (٢) على أنه : " ويجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها " .

٩٦ـ انتصاب الوارث خصما عن باقى الورثة فى التركة :

إذا كانـــت الدعوى مرفوعة على التركة ومصلحة جميع الورثة فيها واحدة ، وليس لكل وارث دفاع شخصى فيها، اعتبر كل وارث ممـــثلا للباقيـــن فـــيها . وفى هذه الحالة يجوز لدائن التركة إقامة الدعـــوى فـــى وجه أحد الورثة ومطالبته بكل الدين ، والحكم الذى يصدر ضده يعتبر أنه صادر ضد التركة ، ولا تكون هناك مصلحة لأى من الورثة فى التمسك ببطلان الإجراءات بسبب أنها لم تحصل فى مواجهته ، لأن الحكم الذى يصدر لاينفذ إلا على التركة [١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٣ .

يحـــتاط المشـــرع للتأشـــيرات الكيدية حتى لايترتب مثل هذا الأثر الخطـــير بالنســـبة للـــوارث وخلفائه جميعا إلا بناء على دين جدى فقضـــى فى الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الشهر العقارى علـــى أن : " لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة الرابعة عشرة فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا " .

ولمـــا كـــان طلب محو التأشير يثبت لكل ذى شأن ، فإنه يثبت للوارث أو دائن آخر للتركة أو دائن شخصى للوارث أو مشتر من الوارث يضره التأشير [١].

٩٥- التأشـير بالمحـررات المثبـتة للديـون فـى قانون نظام السجل العينى :

تـــنص المـــادة ٣١ مـــن القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام الســـجل العيـــنى على أنه : " يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين مـــن الديـــون العاديـــة علـــى المـــورث فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها.

ويجـــب علـــى الدائـــن إعـــلان كل ذى شـــأن بقيام الدين قبل التأشير به .

---

(١) محمـــد علـــى عـــرفه ص ٦١٤ – محمد كامل مرسى ص ١٩٧– عبد المنعم الصده ص ٧٤١ وما بعدها .

وعلـــى هـــذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شـــخص الورثة غير قابل للتجزئة ، ويكفى أن يبديه البعض ليستفيد منه البعض الآخر من الورثة " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٢/١٨)

٣- " إذا كانـــت المادة ٤٥٠ من قانون المرافعات السابق تنص فـــى فقـــرتها الأولى على أنه " يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها أن يعترض على هـــذا الحكـــم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجســـيم " ممـــا مفـــاده أن القانون أجاز لمن يمتد إليه أثر الحكم الصـــادر فـــى الدعوى ويعتبر حجة عليه مع أنه لم يكن ماثلا فيها بشخصه أن يعترض عليه بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، ذلك أن جواز الاعتراض على الحكم يرتبط ارتباطا وثيقا بحجيته ، فكلما كان هذا الحكم حجة على شخص لم يكن طرفا فى الخصومة بنفســـه يكون له الحق فى سلوك هذا الطريق وكانت حجية الأحكام تـــتعدى الخصـــوم إلى خلفهم ، فيكون الحكم الصادر على الخصم حجـــة علـــى خلفه ومنهم ورثته ، وكان الورثة يخلفون مورثهم فى صـــافى حقوقـــه ويتقيدون بالأحكام الصادرة ضده كما يفيدون من الأحكـــام الصـــادرة له ، فإن المورث يعتبر بذلك ممثلا لورثته فى الدعـــاوى الـــتى ترفع منه أو عليه ، إلا أنه إذا أثبت الوارث غش

مورثـــه أو تواطـــؤه أو إهمالـــه الجسيم ، كان له أن يعترض على الحكـــم الـــذى صـــدر ضد المورث بطريق اعتراض الخارج عن الخصـــومة طالبا اعتباره من الغير بالنسبة إلى ذلك الحكم والتقرير بأنه ليس حجة عليه متى كانت له مصلحة قانونية ، ويكفى لذلك أن تكون صفته كوارث متحققة وقت إقامة الاعتراض " .

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦) [1]

٤- " مـــن المقرر أن القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصـــب خصـــما عن باقى الورثة فيستفيدون مما يبديه من دفاع مؤثر فى الحق المدعى به قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها لو أن الـــوارث كـــان قد خاصم أو خوصم طالبا الحكم للتركة نفسها بكل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى صحة إعلان مورثة الطاعنين بـــالحكم الصـــادر ضـــدها فى الدعوى رقم ... بصحة ونفاذ عقد البيع ورفـــض الادعاء بتزوير هذا الإعلان ، ولم يكن قضاء الحكم المطعون فـــيه فـــى هذا الخصوص موضع نعى من الطاعنين ، فقد أصبح الحكم الصـــادر ضـــد المورثة نهائيا وحجة على الطاعنين فيما قضى به من صحة ونفاذ عقد البيع الصادر من المورثة باعتبارهم خلفا عاما لها ، بما يمتـــنع معـــه عليهم العودة للمنازعة فى صحة العقد أو فى صحة الحكم الصادر بصحته ونفاذه ، سواء بدعوى مستقلة أو بدفع فى دعوى قائمة".

(طعن رقم ٣٤٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١١)

حقها أو مطلوبا فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها وإذ كان أحد الطاعنين قد اعترض فى حينه على قائمة شروط البيع بأوجـــه بطـــلان موضـــوعية منها ملكيته وإخوته بطريق الميراث لـــلأرض المـــنفذ عليها ولم يشر فى اعتراضه إلى صفته فى تمثيل التركة أو إلى استغراقه واخوته كل ورثاها مما لا يسعف فى القول بنيابـــته فى الاعتراض عن التركة كلها فلا ينتصب بالتالى خصما عن باقى الورثة فى إبدائه " .

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣)

الوصيـــة :

مـــادة (٩١٥)

تســـرى علـــى الوصـــية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

الشـــرح

التشريـع الذى يحكم الوصيـة :

٩٧- (أ) - فى ظل التقنين المدنى الملغى :

ورد بالتقنيـــن المدنـــى الملغى بعض الأحكام الخاصة بالوصية فكانـــت المـــادة ٥٤ مـــن القانون المدنى الأهلى[1] تنص على أن : "يكـــون الحكـــم فى المواريث والوصايا على حسب المقرر فى بلد المتوفى " .

وكانت المادة (٥٥) تنص على أن :

" تـــراعى أيضا فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى قانون الموصى" [2].

أمـــا الأحكـــام المـــتعلقة بفسخ الملكية فى الأموال الثابتة بسبب تجـــاوز النصـــاب الشرعى أو عدم إيقاء القدر المفروض شرعا أو

---

(١) معدلة بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ .

(٢) الفقرة الأولى معدلة بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ .

نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت إليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية " [١].

ونصت المادة (١٣٠) على أن : " الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون بلد العاقد " [٢].

كما صدر فى ٢٣ من مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان القانون الواجب التطبيق فى مسائل المواريث والوصايا ، ونص فيه على أن : " قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى ".

وكانت المحاكم الشرعية تطبق فى الوصية الراجح من المذهب الحنفى . إلى أن صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى تسرى قواعده على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين [٣].

---

(١) الفقرة الثانية أضيفت إلى المادة بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ .

(٢) المادة معدلة بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ .

(٣) السنهورى ص ٢٦٢- محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٢.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "وصية غير المسلم – كوصية المسلم – لاتصح إلا لموجود حقـيقة أو حكمـا ، ولاتجوز بأكثر من الثلث ولاتجوز لوارث إلا بإجازة الورثة " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٦/٢١)

٢- " إن المواريــث عموما ، ومنها الوصية ، هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة " .

(طعن رقم ٦٦ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)

٩٨- (ب) فى ظل التقنين المدنى الجديد :

رأيــنا أن المادة ٩١٥ مدنى تنص على أن تسرى على الوصية أحكــام الشــريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها . فتسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها تقنينات وتشريعات على الوصية مــن ناحــية الموضوع، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذى يجوز الإيصــاء بــه ، وهــل تجوز الوصية لوارث ، وهل تتم الوصية بالإيجــاب وحــده ، وهل يجوز الرجوع فى الوصية ، وكيف ينتقل المــال الموصـــى بـــه إلى الموصى له ، وما إلى ذلك من الأحكام

الموضـــوعية، ويســـتوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين [١]، ودون تمييز بينهم بسبب الملة أو المذهب .

وأصـــبح لا عـــبرة باتفـــاق ورثـــة غير المسلم على أن يكون التوريـــث وفقـــا لشريعة المتوفى ، ولا عبرة باتفاقهم أيضا على أن يكـــون الفصــــل فـــى نزاع متعلق بميراث أو وصية لجهة قضائية أخـــرى . وذلـــك لأن الأحكـــام الواردة بالمادتين ٨٧٥ ، ٩١٥ من القـــانون المدنــــى متعلقة بالنظام العام ، كما أن توزيع الاختصاص بســـبب ولاية القضاء من الأمور المتعلقة بالنظام العام أيضا ، ومن ثم يقع الاتفاق المخالف لها باطلا.

ولايعـــترض على ذلك بما نصت عليه المادة الأولى من القانون الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ التى تجيز لورثة غير المسلم أن يـــتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى والتى كان من مقتضـــاها اختصـــاص المجـــالس الملية بنظر المنازعات المتعلقة بالمـــيراث و الوصية إذا كان الورثة غير مسلمين واتفقوا على أن يكـــون التوريث طبقا لقانون ملة المورث أو الموصى ، وذلك قبل إلغـــاء القانون لأن مثل هذا النص أصبح ملغيا بعموم نص المادتين ٨٧٥ ، ٩١٥ مـــن القانون المدنى الجديد ، فقد أفرغ المشرع نص

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٢٩٣ وما بعدها .

هاتيـــن المادتين فى صيغة آمرة ، مما ينبغى معه القول بعدم جواز الاتفاق على العكس. فإذا كان الاتفاق على تحكيم قانون الملة باطلا ، فإن بطلانه يستتبع حتما خروج الاختصاص بنظر مسائل المواريث والوصـــايا من ولاية أية جهة قضائية أخرى غير المحاكم الشرعية المختصـــة وحدهـــا بتطبـــيق أحكـــام الشريعة الإسلامية والقوانين الصـــادرة فـــى شـــأن الميراث والوصية وقتذاك يؤيد ذلك ما ورد صـــراحة بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة ٨٧٥ مـــن القانون المدنى ، فقد جاء فيها أن : " الشريعة الإسلامية والتقنيـــنات المســـتمدة منها هى التى تنطبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، ولاينطبق قانون الملة على غـــير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على ذلك وما جاء بها مـــن أن " الشريعة الإسلامية هى التى تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة فى أى من الفروض " (١).

وقد صدر فى ١٩٤٦/٦/٢٤ القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصـــية ، وبـــدأ العمل به اعتبارا من أول أغسطس سنة ١٩٤٦، ويســـرى القـــانون المذكور على جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين فى أحكامه الموضوعية و الشكلية ، وقد استمدت أحكام هذا القانون من الشريعة الإسلامية .

---

(١) محمد على عرفه ص ٦٣٧ وما بعدها .

وقد جـــاء فى مذكرته التفسيرية أن لجنـــة الأحـــوال الشخصية (الـــتى قامـــت باعداده) جعلت أساس مشروع هذا القانون كتاب الأحكـــام الشـــرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، كما تقضـــى بذلك مذكرة وزارة العدل التى صدق عليها مجلس الوزراء في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ . وقد تداركت اللجنة النقص الموجود فى كـــتاب محمـــد قدرى باشا ، وعالجت كثيرا من المسائل التى تدعو إليها الحاجة ووضعت لها الأحكام المناسبة .

وجـــاء فى ختام المذكرة التفسيرية أن أحكام القانون قد وضعت طـــبق مـــا قضت به المصلحة بدون تقيد بأرجح الأقوال من مذهب أبـــى حنيفة . ولكن إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه فى هـــذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبـــى حنـــيفة كما تقضى بذلك المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لســـنة ١٩٣١. والمعلـــوم أن المـــادة المذكـــورة ألغيت بإلغاء المرســـوم بقـــانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بمقتضى القانون رقم (١) لســـنة ٢٠٠٠ (بإصـــدار قـــانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية) وحلت محلها المادة الثالثة من قانون إصداره التى نصت فى فقرتها الأولى على ذات الحكم .

٩٩- سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصايا الصادرة من متوفى بعد العمل به :

يسرى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصايا التى صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكامه ، ولو كان تاريخ صدور الوصية سابقا على العمل بأحكامه . فالعبرة فى تطبيق هذا القانون بتاريخ وفاة الموصى ، لابتاريخ إنشاء الوصية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرا عليها ، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لاوقت تحرير الوصية . وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٢- " لاتكون الوصية لازمة إلا بوفاة الموصى ومن حقه الرجوع فيها كلها أو بعضها حال حياته ، ولاتتحدد شروط الوصية - بصفة نهائية - إلا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الإرادة منه ومن ثم تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى لاوقت صدور الوصية منه وبالتالى يسرى القانون رقم ٧١ لسنة

١٩٤٦ الخاص بالوصية على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه . فــإذا كانت الوصية لوارث وتوفى الموصى فى تاريخ لا حق للعمل بالقانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ سالف الذكر فإنها تصح وتنفذ فى ثلث الــتركة من غير إجازة الورثة وفقا للمادة ٣٧ من القانون المذكور، والحكم المطعون إذ انتهى إلى عدم نفاذ هذه الوصية إطلاقا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٤١٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٢١)

٣- " مــتى كــان الثابــت أن الموصى توفى سنة ١٩٤٤ فإن وصــيته لا يحكمهــا قــانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وإنما يحكمهــا أرجــح الآراء فــى مذهب أبى حنيفة على ما تقضى به المادتــان ٥٥ مــن القانون المدنى القديم و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية" .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠)

١٠٠ـ الأحكام الموضوعية للوصية بالنسبة للأجانب :

تــنص الفقرة الأولى من المادة (١٧) من التقنين المدنى على أن : " يســرى علي الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلــى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته ".

وعلـــى ذلـــك فإن الأحكام الموضوعية لوصية الأجنبى يسرى علـــيها قـــانون جنسية هذا الأجنبى ، فهو الذى يحدد حق الإيصاء والقدر الجائز الإيصاء به والجزاء المترتب على مجاوزة هذا القدر، وأهلية الموصى . فقد اعتد المشرع بظرف إسناد يترتب عليه عدم تعـــدد القوانين الواجبة التطبيق على التركة بتعدد أقاليم الدول التى توجد فيها أعيان التركة ، وهو ظرف الجنسية (١).

ويجب مراعاة ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

" ... بـــيد أنـــه يقصـــد عـــادة من إخضاع الوصية – وما فى حكمهـــا– لقـــانون جنسية الموصى وقت الإيصاء تنظيمها بوصفها مجرد تصرف قانونى دون مساس بالناحية الموضوعية التى ترتبط ارتباطا وثيقا بالميراث وتخضع للقانون الذى يسرى عليه " (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " طـــبقا للمادة ٥٥ من القانون المدنى الملغى والمادة الثالثة مـــن المرســـوم بقـــانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ تسرى على الوصية أحكام قانون بلد الموصى وقت وفاته ، وبصدور القانون رقم ١٤٧ لســـنة ١٩٤٩ بـــنظام القضاء – وهو يسرى بأثر فورى من تاريخ العمـــل بـــه فـــى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ – وطبقا للمادة ١٢ منه

---

(١) المستشار محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى الجزء الأول ص ٢٠٢ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٢٧٤ .

أصـــبحت المحاكم هى المختصة بمسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغـــير المصريين وهى تطبق فى شأن الوصية أحكام القانون الذى تشير به قواعد الإسناد لا الشريعة الإسلامية ".

(طعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦)

٢- " وفقـــا للمادة ٢٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضـــاء محكمـــة النقض – لايجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجـــبة التطبـــيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فـــى مصـــر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ، ولايدخل فى هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنـــبى عـــن أحكام القانون الوطني فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين ".

(طعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦)

٣- " الشـــروط الموضوعية للوصية موضوع النزاع سواء ما تعلـــق مـــنها بحق الإيصاء أو القدر الذى تنفذ فيه الوصية يخضع للقـــانون الـــيونانى وهو قانون الموصى وقت موته ، ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاستناد إلى قانون أجنبى ، واقعة يجـــب علـــى الخصـــوم إقامة الدليل عليها ، وإذ كان الطاعنون لم يقدمـــوا مـــا يفيد أن نصا فى القانون اليونانى يرتب البطلان على انعدام وجود الموصى له عند الإيصاء ، فليس يجدى فى هذا المقام

التحدى ببطلان الوصية استنادا إلى حكم قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

١٠١- شكل الوصية بالنسبة للأجانب :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ مدنى على أن :

" ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت " .

فقد ترك المشرع للموصى الأجنبى الخيار فى اتخاذ شكل الوصية إما اتباع الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته . وإما الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية. وقد قصد بذلك التيسير على الأجنبى الموصى .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٤/١٢/٤ فى الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق " أحوال شخصية" بقولها :

" النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى على أن " يسرى على شكل للوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية .. " يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية فى

التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وتــرك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما فى الشكل المقرر فـــى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته وإما فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية ، من شأنه أن يجعــل القــانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصـــل طالمـــا توافرت فيه الشرائط اللازمة لذلك الإجراء، أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنبا إلـــى جنـــب مـــع قـــاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضـــاه يـــبرر الخروج على مبدأ الإقليمية فى التوثيق مراعاة لحاجـــة المعـــاملات الدولـــية ، ويلزم الموثق فى هذه الحالة باتباع الشـــكل الـــذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعـــوى بمعـــرفة القنصـــل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معـــاهدة مونـــترو وإذ كان الخيار المخول للوصية فى سلوك أحد الطريقيـــن المشـــار إلـــيهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى مـــنطويا علـــى مخالفـــة للنظام العام ، فإن النعى على الحكم يكون ولامحل له " .

راجع شرح المادة (١٧) .

١٠٢ـ الوصية من مسائل الأحوال الشخصية :

تعتبر الوصية من مسائل الأحوال الشخصية [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأحـــوال الشخصـــية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونـــيا فـــى حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقــيدها بســبب من أسابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالـــية فكلهـــا بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وإذن فالوقف والهـــبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحـــوال العينـــية لـــتعلقها بالمـــال وباستحقاقه . غير أن المشرع المصـــرى وجـــد أن الوقـــف والهـــبة والوصية – وكلها من عقود التبرعات– تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة، فألجأه هـــذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية فيما يخرجها عـــن اختصـــاص المحـــاكم المدنية التى ليس من نطاقها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها . على

---

(١) راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية المجلد الأول ص١١ ومابعدها .

أن أيــة جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تخــتص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمــة المقــررة قانونــا لطبــيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها ".

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٣٤/٦/٢١)

٢- " أدخــل المشــرع المصــرى الوصية ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما تنصرف إلى الأحكام المــتعلقة بحــيازته ومــا يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبــيعة هــذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغــيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال فى الدولة ، ولا شأن لهــا بمســائل الأحوال الشخصية ، فإن وجود عقارات التركة التى خلفتها الموصية فى مصر لاعلاقة له بتوثيق الوصية فى حد ذاتها".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

١٠٣- تعريف الوصية :

تعــرف الوصية المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية[١] بأنها :

---

(١) جاء بالمذكرة التفسيرية للقانون أن لجنة الأحوال الشخصية (التى قامت بــإعداده) جعلت أساس مشروع هذا القانون كتاب الأحكام الشرعية فى

" تصـــرف فـــى التركة مضاف إلى ما بعد الموت "[١] ومعنى الإضافة إلى ما بعد الموت أن أثر التصرف الذى تم فى حال الحياة لايكون إلا بعد الموت [٢].

والوصـــية كالميراث ، ليست سببا لكسب حق الملكية وحده، بل تعتـــبر كذلـــك سببا لكسب الحقوق العينية الأصلية الأخرى ، وذلك على النحو التالى :

ففـــيما يتعلق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى تنتهى بوفـــاة صـــاحب الحق الذى اكتسبه ابتداء وعلى ذلك لايجوز له أن يوصـــى بحـــق لغيره . ولكن إذا نزل عن حقه لغيره، فيجوز لهذا

الأحـــوال الشخصية لمحمد قدرى باشا ، كما تقضى بذلك مذكرة وزارة العدل التى صدق عليها مجلس الوزراء فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٣٦ . وقـــد تداركـــت اللجـــنة الـــنقص الموجود فى كتاب محمد قدرى باشا، وعالجت كثيرا من المسائل التى تدعو إليها الحاجة ووضعت لها الأحكام المناسبة . وجاء فى ختام المذكرة التفسيرية أن أحكام القانون قد وضعت طـــبق مـــا قضت به المصلحة بدون تقيد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنـــيفة . ولكـــن إذا جـــد من الحوادث ما لم ينص على حكمه فى هذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة كما تقضى بذلك المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

(١) وينتقد البعض هذا التعريف بأنه لايحدد معنى الوصية من حيث الحقوق التى يكسبها الشخص بمقتضاها كما هو المألوف فى التعاريف الوضعية للتصرفات القانونية المختلفة (عبد المنعم الصده ص ٧٨٣ هامش (٢)) .

(٢) تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ – محمد كامل مرسى ص ٥٠ .

الغير أن يوصى بالحق فينتقل بوفاته إلى الموصى له ، ولكنه ينتهى بوفـــاة صـــاحبه الأصــــلى . هذا عن انتقال الحق، أما كسبه ابتداء فـــيجوز بمقتضى الوصية ، فيجوز للمالك أن يوصى بحق من هذه الحقوق ، فينشأ الحق ابتداء على أثر وفاة المالك .

وفـــيما يتعلق بحق الحكر ، يجوز لصاحب الحق أن يوصى به. فينـــتقل إلى الموصى له عند وفاة الموصى أما الإيصاء بإنشاء حق الحكر ابتداء، فلم يعد ممكنا فى ظل نصوص التقنين المدنى الحالى، ذلك أن الحكر لايتقرر إلا على أرض موقوفة (م١٠١٢/١) والوقف باعتباره شخصا معنويا هو المالك .

فلا يتصور أن يصدر منه ، ولو عن طريق ممثله وهو الناظر، تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فهو لا يموت .

وفـــيما يتعلق بحق الارتفاق ، إذا أوصى شخص بعقار له وكان هناك ارتفاق مقرر لمصلحة هذا العقار انتقل الارتفاق إلى الموصى لـــه تبعا لانتقال ملكية العقار المرتفق . كما يجوز لمالك العقار أن يوصى بإنشاء حق ارتفاق عليه ، وعندئذ ينشأ الارتفاق ابتداء على أثر وفاة الموصى [١].

وجـــاء بالمذكرة التفسيرية لقانون الوصية عن تعريف الوصية الـــوارد بالمـــادة الأولى منه ، أن تعريف الوصية فى الأصل (أى

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٤٨٧ ومابعدها .

كـتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدرى باشا " قاصر، فعدل عنه إلى التعريف الوارد فى المادة الأولى ليشمل جميع مسائل الوصية[١].

فهـو يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة والموصى له مـن أهـل التملك ، كالوصية لمعين بالاسم أو بالوصف وهو ممن يحصون أو معينا بالوصف ممن لايحصون ، كالوصية للفقراء وما إذا كـان الموصى له جهة من جهات البر ، كالملاجئ والمدارس. ويشمل ما إذا كان الموصى به اسقاطا فيه معنى التمليك ، كالوصية بالإبـراء مـن الديـن ، وما إذا كان الموصى به إسقاطا محضا ، كالوصـية بإبراء الكفيل من الكفالة ، وما إذا كان الموصى به حقا من الحقوق التى ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطا ولكنه مالى لتعلقه بالمـال، كالوصـية بتأجيل الدين الحال والوصية بأن يباع ماله من فـلان . والمـراد بالتركة كل ما يخلف فيه الوارث المورث ، مالا كان أو منفعة أو حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال التى تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث بسبب الموت [٢].

---

(١) والـتعريف الـذى تشير إليه المذكرة التفسيرية وارد بالمادة (٥٣٠) من كتاب الأحكام الشرعى لمحمد قدرى باشا ونصها :
" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ".

(٢) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**
" الوصـية بالمنافع جائزة فى الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة، وتعتـبر صـحيحة وفقا لأحكام القانون المدنى وقانون الوصية رقم ٧١

ونظـــرا لأن الوصـــية مـــن مباحث مسائل الأحوال الشخصية فسنقتصر هنا على التصدى لبعض المسائل التى تتصل غالبا بالمواد المدنية .

١٠٤ـ الخلافة العامة والخلافة الخاصة :

إذا كانـــت الوصية بحصة من مجموع التركة ، فيكون الموصى لـــه خلفـــا عامـــا للموصي ويكون مركزه كمركز الوارث . أما إذا كانت الوصية بعين معينة أو بحصة شائعة فى عين معينة أو بحصة شـــائعة فـــى نوع من أموال التركة ، كان الموصى له خلفا خاصا للموصى [١].

والموصـــى له يـــتقدم علـــى الورثة فى استيفاء حقه من أموال الـــتركة، بعـــد الوفاء بالديون ، فلا يأخذ الورثة إلا ما بقى من هذه الأمـــوال بعـــد الوفاء بنفقات تجهيز المتوفى وسداد الديون وإعطاء الموصى له ما يستحقه بموجب الوصية .

لســـنة ١٩٤٦ ، ولايدخـــل فى نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكـــام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد القدر الذى تجـــوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به ، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٢ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/١٩)

(١) نبيل سعد ص ٥٣٣ .

١٠٥- الوصية استثناء من بطلان التعامل فى التركة المستقبلة:

الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت، وبالتالى تكون استثناء من الحكم القاضى ببطلان التعامل فى التركة المستقبلة، إذ هى تعامل من الوصى فى تركته المستقبلة بإرادته المنفردة . وقد أجيزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل فى التركات المستقبلة باطل بطلانا مطلقا بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذى ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقد اعتبرتها تصرفا فى التركة مضافا إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملا من الموصى فى تركته المستقبلة بإرادته المنفردة ، وقد أجيزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية من المبدأ القاضى ببطلان التعامل فى التركة المستقبلة – وهى تصح طبقا للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتنفذ من غير إجازة الورثة إذا كانت فى حدود الثلث وذلك عملا بالمادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه " .

(طعنان رقما ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦)

١٠٦- انعقاد الوصيــة :

تنص المادة الثانية من قانون الوصية فى فقرتها الأولى على أن: " تـــنعقد الوصـــية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة ".

فوصية الناطق لاتنعقد إلا بالعبارة أو الكتابة ، ولاتنعقد بإشارته . وهـــو مذهـــب الحنفية . والأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لايستطيع النطق إذا كان يعرف الكتابة لاتنعقد وصية إلا بها .

أمـــا إذا كان لايعرف الكتابة فإن وصيته تنعقد بإشارته المفهمة. ولكـــن لايشـــترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه ، بل يكفـــى أن يكتبها له غيره فيقرأها أو يقرأها له غيره فيوقعها . وهذا مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، فعنده الإيجاب يكون بالقول أو بـــالفعل الذى يدل على الرضا ، والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب . وباقى أحكام هذه الفقرة أخذت من أقوال فى مذهب أبى حنيفة ، ومن إطلاق النص الذى نقله الحنفية عن الشافعية بالتسوية بيـــن الأخـــرس ومعـــتقل اللسان والمريض الذى لايقدر على على النطق [1].

---

(١) المذكرة التفسيرية لقانون الوصية – محمد كامل مرسى ص ٥٩.

وعلـــى ذلـــك لايشترط لانعقاد الوصية أن تكون بمحرر رسمى كما هى الحال فى الهبة [١].

---

(١) وكان نص الفقرة الثانية من (٢) من مشروع قانون الوصية عند تقديمه للبرلمان كالآتى :
" ويجــب أن يحرر بالوصية عقد رسمى أو عقد عرفى بشرط التصديق علـــى إمضـــاء الموصى أو ختمه ، وإلا كانت الوصية لاغية " . فرأت لجــنة العــدل بمجلــس الشيوخ تعديلها بما يجعلها مطابقة فيما يختص بالوصـــية لأحكـــام المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، مع إضـــافة حالة التصديق الرسمى على توقيع الموصى على ورقة الوصية أو الرجوع فيها .
وقد جاء فى تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ أن المشروع كان يرى أن تســاير الوصية العقود الأخرى: كالوقف والهبة ، فاشترط لصحتها عقدا رسميا أوعقدا عرفيا مصدقا على توقيعه على الوجه الوارد الفقرة الثانية. ولكـــن اللجـــنة رأت أن الوصية تختلف بطبيعتها عن هذه العقود ، فقد تكون فى وقت اشتداد المرض أو فى ظروف حرجة يجب التيسير فيها، فـــرأت الرجوع إلى الأحكام الواردة فى لائحة المحاكم الشرعية ، وفيها الضـــمان الكافى ، غير أنها لاحظت أن من المشقة على الناس أن تكون ورقـــة الوصية عرفية مصدقا على توقيعها ، ومع ذلك لاتصلح مسوغا لسماع دعوى الوصية أمام المحاكم الشرعية، كما جرى على ذلك بعض قضـــاتها ، فقـــررت تســـوية هذه الحالة بالحالات الأخرى والنص على حكمهـــا رفعـــا للبس والاختلاف فى الأحكام . ويراعى أن ما أدخل من تعديل لايفسر بأنه رجعية للقانون ، بل هو تصريح بما تحتمله نصوص القانون القائم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قدمت شهادة صادرة من محفوظات التوثيق بمصلحة الشهر العقارى تفيد أنه أثبت بدفاترها حضور الموصى مورث الطاعنة، وطلب التصديق على توقيعه على محرر موضوعه إقرار منه بأن يوصى بعد وفاته بثلث تركته من منقول وعقار إلى بنت شقيقه المطعون عليها وأنه وقع بإمضائه فى نهاية ما أثبت بالدفتر عن موضوع المحرر بالإضافة إلى توقيع شاهدين ، فإن هذه الشهادة ، وهى ورقة رسمية لم تنازع الطاعنة فى مطابقتها للأصل تصلح مسوغا لسماع الدعوى بها . لما كان ما تقدم ، وكان القانون لم يشترط لانعقاد الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمى من الموصى وإنما اعتبر الكتابة من صيغ الوصية مسويا بين أن تكون بخط الموصى أو خط سواه ، وكانت الشهادة الرسمية المشار إليها والصيغة الواردة بها تظهر إرادة الموصى وتبين مقصوده منها وتوضح الموصى إليه والموصى به وقدره فإن الحكم إذ خلص إلى أنها كما تكفى مسوغا لسماع الدعوى تقوم سندا أيضا على صحة صدور الوصية ، فإنه لا يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٧ ق " أحوال شخصية" جلسة١٩٧٩/٣/٢١)

٢- " مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن المشـــرع فـــرق بيـــن انعقاد الوصية وبين شرط سماع الدعـــوى بها ، فاعتبرها تصرفا ينشأ بإرادة منفردة ، تنعقد بتحقق وجـــود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب علـــيه تحصـــل تركـــته بعد وفاته بحق من الحقوق . ولايشترط فى الإيجـــاب ألفاظـــا مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه ، سواء كانت صيغته بالعبارة الملفوظة أو بالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه . ومـــا شـــرعه النص من وجوب أن تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة ١٩١١ شـــكلا معينا بأن تحرر بها ورقة رسمية أو تحرر بها ورقة عرفـــية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ، أو تحرر بها ورقـــة عرفـــية مكتوبةً كلها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه، مطلـــوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليس ركنا فى الوصية ولا صلة له بانعقادها " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٩/٣/٢١)

١٠٧ـ القدر الذى تنفذ فيه الوصية :

تنص المادة ٣٧ من قانون الوصية على أن :

" تصـــح الوصـــية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولاتنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثةبعد وفاةالموصى وكانوامن أهل التبرع عالمين بما يجيزونه.

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة " .

وهذه الوصية يطلق عليها الوصية الاختيارية . أما الوصية الواجبة فقد نصت عليها المادة ٧٦ من قانون الوصية بقولها :

" إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات" .

وتنص المادة ٧٧ على أن :

" إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخـــذ نصـــيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بـــأقل ممـــا وجب من باقى الثلث فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية" .

ونحيل فى شرح هذه المواد إلى مؤلفات المواريث .

١٠٨ـ عدم سماع دعوى الوصية عند الانكار :

تـــنص المادة ٢ من قانـــون الوصية فى فقرتيها الثانية والثالثة على أن :

" ولاتســـمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعـــد وفـــاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحـــدى عشـــرة الأفرنجـــية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأمـــا الحوادث الواقعة من سنـــة ألف وتسعمائة وإحـــدى عشرة الأفرنجـــية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجـــدت أوراق رســـمية أو مكـــتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها " [1].

---

(١) وقد قضت على حكم هاتين الفقرتين من قبل المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحـــاكم الشـــرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وتجرى على أن :

وهاتـــان الفقــرتان لاتتــناولان انعقاد الوصية أو صحتها وإنما تتــناولان حالـــة إنكـــار الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى .

فـــإذا كانت الوصية غير منكورة سمعت الدعوى بها . والإنكار المقصـــود هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس القضاء أو قبل قيام الخصـــومة فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها إمضاؤه أو أمـــام قاض فى مجلس قضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار وتعين سماعها .

" لاتســـمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العـــتق أو الإقـــرار بواحد منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأمـــا الحوادث الواقعة من سنة الف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية فـــلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجـــدت أوراق رســـمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر " .

إلا أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية سالفة الذكر قد ألغيت بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية (م ٤ من قانون الإصدار) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوصية وفقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ " تنعقد بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنها ، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة " ، أما الكتابة المنصوص عليها فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة ، فهى مطلوبة لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليست ركنا فيها ، فلو أقر الورثة بالوصية ، أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، سمعت الدعوى وقضى بالوصية " .

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢١)

٢- " مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع فرق بين انعقاد الوصية وبين شروط سماع الدعوى بها ، فاعتبرها تصرفا ينشأ بإرادة منفردة ، تنعقد بتحقق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق . ولايشترط فى الإيجاب ألفاظا مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه ، سواء كانت صيغته بالعبارة الملفوظة أو بالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه . وما شرعه النص من وجوب أن تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة ١٩١١ شكلا معينا بأن تحرر بها ورقة رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه ، مطلوب

لجــواز ســـماع الدعــوى بالوصـــية عند الإنكار ، وليس ركنا فى الوصية ولا صلة له بانعقادها" .

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٧ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٩/٣/٢١)

وواضـــح من الفقرتين السابقتين أنهما تفرقان بين الوصية التى حدثت قبل سنة ١٩١١ ، وبين الوصية التى حدثت منذ هذا التاريخ وذلك على النحو الآتى :

١- الوصية الحاصلة قبل سنة ١٩١١ الأفرنكية :

يجـــب لسماع الدعوى أن توجد أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

(ب) الوصية التى تحصل منذ سنة ١٩١١ الأفرنكية :

ويجب لسماع الدعوى بها أن تتخذ أحد أشكال ثلاثة :

١- أن توجد أوراق رسمية تدل على الوصية .

٢- أن توجد أوراق عرفية مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه تدل على الوصية .

٣- أن تكون ورقة الوصية مصدقا على توقيع الموصى عليها.

والورقة الرسمية هى الورقة التى يحررها موظف عام مختص بتحريرها .

وكــل مـــا تشـــترطه المادة هو أن تكون الوصية ثابتة بأوراق رسمية ، سواء كان ذلك بورقة رسمية صادرة من الموظف العام أو ذكـــر عرضـــا فى محرر رسمى ، أو أشير إلى وجود الوصية فى

تحقيق رسمى أدلى به المورث بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه " فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الإفرنجية لاتسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك ، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها " يدل على وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بما ينبئ عن صحتها ، وإذ كان محضر إيداع الوصية - الذى تم بالشهر العقارى أمام الموثق - قد تضمن بيان الموصى والموصى إليه وأن الموصى به مبين فى الورقة المحفوظة بداخل المظروف الذى طلب الموصى إيداعه ، وهى بيانات تنبئ عن صحة الدعوى ، فإن هذا المحضر يكون مسوغا لسماعها ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز سماع الدعوى فإن يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٧ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٦٩/١٢/٣١)

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى الأحوال الشخصية المجلد الثالث ص ٥٣٠.

٢- " يشترط – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى ما ينبئ عن صحتها ، درءا لافتراء الوصايا وتحرزا عن شبهة تزويرها ، مفاد تطلب أوراق رسمية تدل على الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها ، يكفى فيه مجرد ذكرها عرضا فى محرر رسمى ، أو الإشارة إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى فيه الموصى بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك ، ومن ثم فإنه لايلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٩/٣/٢١)

والأوراق العرفية المكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ، تتطلب أمرين : أن تكون مكتوبة بخط المتوفى ذاته، وأن تحمل فى ذات الوقت إمضاءه . فلا يكفى أن تكون الأوراق مكتوبة بخط المتوفى ولكنها لاتحمل إمضاءه ، أو مكتوبة بخط الغير وتحمل إمضاء المتوفى [١].

أما ورقة الوصية المصدق على توقيع الموصى عليها ، فلا يشترط فيها أن تكون محررة بخط الموصى بل يجوز أن تحرر بخط الغير ، وإنما يجب أن تحمل توقيع الموصى ، سواء بالإمضاء أو الختم أو البصمة .

---

(١) راجع مؤلفنا سالف الذكر ص ٥٣١ .

وأن يصدق على هذا التوقيع من مكتب التوثيق .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ انتهى فى قضائه إلى أن الورقة العرفية المتنازع عليها لاتعتبر " إشهادا بوقف ولا الأطيان المذكورة بها موقوفة سواء أكان عدم صدور الإشهاد لأمر واقع من المتوفى أو من غيره " فقد قرر أن مورثة الطاعنين تتمسك في دفاعها بأن هذا المحرر إن لم يكن إشهادا بوقف فهو وصية ورد على هذا الدفاع بأن " المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط فى الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمى أو يحرر بها عقد عرفى يصدق فيه على إمضاء الموصى بخطه وموقع عليها بإمضائه فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ولم يتحقق شئ من ذلك ولم تتقدم المدعية بما يدل على وجود وصية " ، فإن الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية بقولها " وأما الحوادث الواقعة فى سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها "، وقد تحجب بهذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين من أن المحرر

المتـــنازع عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاؤه وتحقيقه وهـــو دفـــاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به جه الرأى فى الدعوى ومن ثم يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣٠ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٣/٣/٢٠)

١٠٩ـ شهر الوصية بالنسبة للعقارات :

لـــم يـــنص القـــانون المدنى الملغى على شهر الوصية بالنسبة للعقارات .

وكانـــت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون التسجيل رقم ١٩/١٨ لســـنة ١٩٢٣ لا تشترط التسجيل إلا فى العقود " الصادرة بيـــن الأحـــياء" ومن ثم كان لايشترط تسجيل الوصية لأن الوصية ليست عقدا من ناحية، ولابين الأحياء من ناحية أخرى . وكان هذا نقصـــا فى نظام الشهر إذ يؤدى إلى قطع التسلسل فى انتقال الملكية العقارية . ،

وقـــد تدارك الشارع هذا النقص فى قانون تنظيم الشهر العقارى فلـــم يـــأت فى نص الفقرة الأولى من المادة ٩ منه ، المقابلة للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون التسجيل الملغى بعبارة "الصادرة بين الأحياء " ، واستبدلت كلمة " التصرفات" بكلمة " العقود" ، وذلك حـــتى يشمل مدلول نص المادة (٩) التصرفات المضافة إلى ما بعد المـــوت . ومع أن نص الفقرة الأولى من المادة ٩ المذكورة ، بعد

الحـــذف المشــــار إليه ، عام فى حكمه يتناول كل التصرفات التى يكـــون موضـــوعها حقا من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فقد عنى قانون تنظيم الشهر العقارى بتخصيص الوصية بالذكر . فنص فـــى الفقرة الأولى من المادة ٩ على أن : " جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شـــهرها بطـــريق التســـجيل ، ويدخـــل فى هذه التصرفات الوقف والوصية" .

ولـــم يبين قانون تنظيم الشهر العقارى ما إذا كان شهر الوصية يحصل فى حياة الموصى أو بعد وفاته .

غـــير أن تسجيل الوصية يكون بعد وفاة الموصى لأن الوصية تصــــرف فـــى التركة مضاف إلى ما بعد الموت . ومعنى ذلك أن التصرف لايحدث أثره إلا بعـــد الموت وقبول الموصى له للوصية (م ٣٠) .

كمـــا أن للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة [١]. (م ١٨).

---

(١) محمـــد كـــامل مرسى ص ٧٩- السنهورى ص ٣١٩ - محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٤ .

غـــير أنه لا يوجد ما يمنع الموصى من أن يسجل وصيته حال حـــياته [١]. وفـــى هـــذه الحالة لايؤشر مكتب الشهر العقارى بنقل التكلـــيف ، لأن الحق لاينتقل إلا بعد وفاة الموصى ، فإذا ما توفى الموصى وجب على صاحب الشأن أن يقدم المستندات المثبتة للوفاة وقـــبول الموصى له ويطلب التأشير فى هامش تسجيل الوصية بما يفـــيد ذلـــك ، وبعـــد إجـــراء التأشير يخطر مكتب الشهر الجهات المختصة لنقل التكليف لاسم الموصى له .

ونشـــير فـــى هذا المقام إلى ما تنص عليه المادة ٢٤ من قانون الوصـــية فـــى فقرتها الثانية من أنه : " إذا رد الموصى له الوصية كلهـــا أو بعضـــها بعـــد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده" . ذلك أن الوصـــية تصرف غير لازم فى حق الموصى له ، فله أن يقبلها بعـــد مـــوت الموصى ، وله أن يردها ، فإن قبلها صارت لازمة ، وإن ردهـــا زالت . وإذا لزمت الوصية بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى استقر الحق الموصى به نهائيا فى ذمة الموصى له ، فإذا رد الموصى له الوصية بعد هذا القبول ، وقبل منه ذلك الورثة

---

(١) عـــبد المنعم الصده ص ٧٨٩ وهامش (٣) – محمود شوقى ص ٢٨٠- محمد خلف شرح قانون تنظيم الشهر العقارى الطبعة الأولى ١٩٤٧ ص ٣٩ ومـــا بعدها – وقد أخذ بذلك المنشور ٧٠٠٠/ ١٩٤٧ مشار إليه فى مؤلف يحيى عمار الوقف – الشفعة – الوصية ص ٢٥ .

كلهـم أو بعضـهم ، كـان هـذا اتفاقا جديدا يعود بمقتضاه الحق الموصـى بـه إلى التركة . ولذلك فإن التعبير عن هذا الاتفاق فى الـنص المذكـور بأنـه فسخ للوصية تعبير غير صحيح. إذ الفسخ لايجـرى إلا علـى العقود الملزمة للجانبين ، كما أنه لايقع إلا إذا تخلف أحد المتعاقدين بتقصير منه عن الوفاء بالتزامه ، ولذلك فهو يعتبر جزاء للقوة الملزمة للعقد إلى جانب المسئولية العقدية ، بحيث لايمكـن طلبه إلا حيث يمكن أن تقوم هذه المسئولية . وليس هناك شـئ مـن ذلك فيما نحن بصدده ، حيث يتعلق الأمر باتفاق جديد مسـتقل عن الوصية ينزل الموصى له بمقتضاه عن حقه الذى كسبه بموجب هذه الوصية . ولذلك فإن هذا الاتفاق يجب تسجيله إذا كانت الوصية قد سجلت ، حتى يتم شهر عودة الحق إلى التركة ، أما إذا لم تكن الوصية قد سجلت فلا تغدو ثمة حاجة إلى تسجيل الاتفاق[١].

١١٠ـ جزاء عدم شهر الوصية :

بعـد أن نصـت المـادة التاسعة من قانون الشهر العقارى فى فقـرتها الأولى على وجوب شهر الوصية بطريق التسجيل، أردفت فـى فقـرتها الثانية أنه : " ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشـار إلـيها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لابين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم " كما نصت فى فقرتها الثالثة على أنه :

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٩٠ – محمد على عرفه ص ٦٥١ ومابعدها .

"ولايكــون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن " .

ومن ثم فإنه يترتب على عدم تسجيل الوصية ما يأتى :

١- أن ملكــية العقار الموصى به لاتنتقل سواء بين ذوى الشأن أو الغير فبالنسبة لذوى الشأن يبقى العقار فى التركة ، ملكا للورثة، ولاينتقل إلى الموصى له .

وهــى لاتنــتقل أيضا بالنسبة إلى الغير . وينبنى على ذلك أن الورثة إذا رتبوا على العقار الموصى به حقا عينيا وسجل هذا الحق قــبل تسجيل الوصية ، فلا يحتج بالوصية على من ترتب له الحق العينى وقام بتسجيله .

أمــا إذا أشــر الموصـــى له بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث فــى خــلال الســنة التالية لهذا التسجيل ، كان له أن يسجل الوصية فى خلال هذه السنة. فإذا قام بالتسجيل فى خلال هذه المدة، كــان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عينى على العقار الموصـــى بـــه ، ولـــو ســـجل هذا الأخير حقه العينى قبل تسجيل الوصية[1]. أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة،

---

(١) الســنهورى ص ٣٢٠ ومــا بعدها – محمد لبيب شنب ص ٤٩ وعكس ذلــك محمــد كــامل مرسى ص ٧٩ فيذهب إلى أنه إذا تصرف وارث الموصـــى قبل ظهور الوصية فى العين الموصى بها ، وسجل التصرف

فالعبرة بتاريخ التسجيل ، ولايحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تســجيله ســابقا علــى تسجيل من ترتب له حق عينى على العقار الموصى به .

٢- أن الوصــية غــير المسجلة يقتصر أثرها على الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن فيلتزم الورثة بمقتضاها أن يسلموا العقار الموصــى بــه إلى الموصى له . كما يلزموا بنقل ملكية هذا العقار إلــيه ، وذلــك بالمســاهمة فى إجراءات التسجيل إذا كان المحرر المثبــت للوصــية غــير مصــدق فيه على توقيع الموصى عليه. ومقتضى هذا أن يكون للموصى له فى هذه الحالة أن يطالبهم بإقرار بالوصية مصدق على توقيعاتهم عليه ، كى يسجل هذا الاقرار فيتم بذلك شهر الوصية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقــرر أن الملكية لاتنتقل إلى الموصى له إلا بالتسجيل ، إلا أن الوصية غير المسجلة بمجرد وفاة الموصى ترتب وطبقا للمادتين الــرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ ، ٣٧ من قانون الوصــية رقــم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى ذمة الورثة باعتبارهم ممثلين للــتركة التزامات شخصية منها التزامهم بتسليم العقار الموصى به

لــه قــبل تسجيل الوصية ، فإنه يكون قد تصرف فيما لايملك ، وتطبق على التصرف الأحكام الخاصة بذلك .

والـتزامهم بعـدم تعرضـهم له فيه ومن مقتضى ذلك بقاء العقار الموصـى به فيما ينفذ من الوصية دون حاجة إلى إجازة الورثة فى يـد الموصـى له إذا كانت تحت يده من قبل فلا يحكم بتسليمه لهم ولايجـوز للـوارث ادعـاء ملكيته ، وإن تراخى نقل ملكية العقار الموصـى بـه إيصـاء صحيحا ونافذا إلى ما بعد تسجيل الوصية لايحـول دون تمسـك الموصـى لـه الذى قبل الوصية ولم يردها بالالتزامات الشخصية المترتبة عليها قبل الورثة " .

(طعن رقم ٤١٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧)

١١١ـ الوصيـة بالمنقـول :

إذا كـان الموصـى بـه حقا منقولا ، أى حقا عينيا محله شئ مـنقول، فـإن ملكـية هذا الشئ تنتقل إلى الموصى له بمجرد وفاة الموصى ما لم تحدد الوصية موعدا لاحقا لانتقال الحق [١].

١١٢ـ كيفية شهر الوصية :

(أ) الوصية التى يشهرها الموصى له بعد وفاة الموصى :

نفرق فى كيفية شهر الوصية التى يشهرها الموصى له بعد وفاة الموصى بين صورتين لكل منهما حكمها .

الأولى : أن تكون الوصية موثقة فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٤٩ .

ففــى هذه الصورة يقدم الموصى له الورقة الرسمية أو الورقة العرفــية محــررة على الورق الأزرق . ويرفق بالوصية المستند المثبــت لوفــاة الموصى وانحصار إرثه فى ورثته ، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية. وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشــروعات ، يقــوم مكتــب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطــار الجهات المختصة ، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائــن فــى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له .

الصورة الثانية :

إذا كانــت الوصية محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاؤه . فقد يستطيع الموصى له الاتفاق مع ورثــة الموصــى علــى تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وبإقرارها من ورثة الموصى . وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق ، وتتضمن القائمــة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث. ويقدم الموصى له لمكتب الشهر العقارى الكائن فى دائرته العقار الموصى بــه الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة بإقرارها. وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى

لـــه والورثة بمكتب الشهر المختص يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة .

ثـــم يصـــور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد، وتخطر الجهات المختصة ، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف مـــن اســـم المـــورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به ، ولاسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية .

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة ، فعليه استصدار حكـــم مـــن المحكمـــة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذهـــا . ويســـجل عريضة الدعوى ، كما يؤشر بمضونها على هـــامش تســـجيل حـــق الإرث ، وعلـــيه عند صدور الحكم بصحة الوصـــية ونفاذها ، أن يؤشر به على هامش تسجيل الوصية وتنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له بهذا التسجيل ، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من يوم التسجيل[1] .

(ب) الوصية التى يشهرها الموصى حال حياته :

يقـــدم الموصـــى المحـــرر المـــدون به الوصية بعد توثيقه أو التصـــديق على التوقيع فيه لمكتب الشهر العقارى المختص وعليه مـــن التأشيرات ما يفيد استيفاءه مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشـــروعات ، فـــيقوم المكتب بتسجيله والامتناع عن التأشير عليه

---

(١) محمود شوقى ص ٢٨١ وما بعدها – السنهورى ص ٣٢٢ وما بعدها.

بخاتم ناقل للتكليف إذ أن الملكية تتراخى إلى ما بعد وفاة الموصى، فإذا ما حل وقت نفاذ الوصية يتقدم صاحب الشأن بالمستندات المثبتة لوفـاة الموصـى وقـبول الموصى له الوصية ويطلب من المكتب التأشـير بهـذه المستندات على هامش تسجيل الوصية بما يفيد وفاة الموصـى وقبول الموصى له فيقوم المكتب بإجراء التأشير اللازم وإخطـار الجهـة المختصة وكذا المحافظة المختصة لنقل التكليف لاسم الموصى له [١].

(ج) الوصية الواجبة :

إذا وجـد أصحاب وصية واجبة ، يبدأ بتحديد نصيبهم فى قائمة الجـرد الخاصـة بشهر حق الإرث ، وما يتبقى يكون تركة لباقى الورثة يوزع بينهم حسب الفريضة الشرعية .

ويقـدم الإعـلام الشرعى ومعه قائمة الجرد إلى مكتب الشهر العقارى المختص ، وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشـروعات . يقـوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصـويرها ، وإرسال الصور للجهات المختصة ، ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المتوفى [٢].

---

(١) محمود شوقى ص ٢٨٠ .

(٢) محمود شوقى ص ٢٨٣- السنهورى ص ٣٢٤ ومابعدها.

وإذا كـــان الإعـــلام الشـــرعى خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجـــبة وجـــب علـــيهم استصدار حكم شرعى باستحقاقهم . وهذا الحكم يخضع للشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تســـجيل حق الإرث الذى يجب أن يبادر إلى إجرائه أصحاب الحق فـــى الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم ، والتأشير على هامشه بصحيفة الدعوى المقامة بإثبات أحقيتهم لنصيبهم فى التركة[١].

---

(١) محمـــود شـــوقى ص ٢٨٣- وقـــد تناول المنشور رقم (٤١) فنى سنة ١٩٤٨ إجراءات إيداع الوصايا المظروفة والمختومة . فنص على توثيق المحضر اللازم بإيداع الوصية المظروفة والمختومة ، بحضور شاهدين تـــتوافر فيهما الشروط المنصوص عليها فى المادة (٥٦) من تعليمات التوثـــيق، على أن يذكر فى المحضر اسم الموصى طالب الإيداع ولقبه وســـنه وجنســـيته ومحـــل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه ووصف شامل للمظروف المختوم المطلوب إيداعه مبينا لونه ونوعه وما عليه من كتابة خارجية وأختام وإثبات واقعة عدم معرفة ما بداخله .

ويحفـــظ المظـــروف المذكـــور داخل مظروف أكبر منه ، يرفق بأصل محضر الإيداع ، ويوقع المحضر كل من الموثق والموصى والشاهدين بعد تحصيل الرسم المستحق .

وتفـــتح الوصية بعد وفاة الموصى بحضور أربعة شهود على الأقل إثنان منهما تتوفر فيهما شروط المادة (٥٦) من تعليمات التوثيق والآخران من أقارب الموصى أو ورثاه .

ويحـــرر بفـــتح الوصـــية محضـــر يذكر فيه اسم طالب الفتح وعلاقته بالموصـــى والمســـتند المثبـــت لذلـــك ، وإثبات الحالة التى كان عليها

المظـــروف قـــبل فـــتحه ، ونص الوصية وواقعة قراءتها على الشهود وطالب الفتح ، ثم يوقع الموثق والطالب والشهود على المحضر .

ويستحق عن محضر فتح الوصية (أسوة بالرسم المستحق على محضر الإيـــداع) رســـما آخر فضلا عن الرسم النسبى وغيره المستحق على الوصية ذاتها (راجع يحى عمار ص ٢٨ ومابعدها) .

ويرى الأستاذ يحيى عمار أن هذا المنشور محل نظر ، ذلك لأن القانون (المادة التاسعة من قانون الشهر) أوجب شهر التصرفات الناقلة للملكية، ونصـــت صـــراحة علـــى " الوصية والوقف" ومن المقرر أن شهر هذه التصـــرفات يـــتم بطريق التسجيل الحرفى ، ومن ثم فالقانون لايعرف الوصايا المظروفة ولا يقر أن يتم شهر الوصية بطريق الإيداع .

ويســـتطرد أنـــه يؤكد ذلك أن المادة (٥٧) من قانون الشهر العقارى نصـــت بأنـــه استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشـــهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية (المحررات التى تثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان متوفى " ص ٢٩ .

غير أننا نشير إلى أن الموصى يحق له فى أى وقت استرداد وصيته إذا أراد العدول عنها ، ولايجوز لمكتب التوثيق الممانعة فى ذلك . وهذا ما أشـــار إليه المنشور الفنى رقم (٧) الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٢ من مصلحة الشهر العقارى والتوثيق الإدارة العامة للبحوث القانونية.

وننشر هذا المنشور فيما يلى :

وزارة العدل

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق

الإدارة العامة للبحوث القانونية

منشور فنى رقم (٧) بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٢

إلى مكاتب الشهر العقارى ومأمورياتها ومكاتب التوثيق وفروعها

١١٣ـ شهر الوصية فى قانون نظام السجل العينى :

تـنظم شـهر الوصية فى القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السـجل العينى المادة ٢٦ من هذا القانون- وهى تقابل المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى - إذ تنص على أن :

لمـا كانت إجراءات إيداع الوصايا المظروفة تحول دون اطلاع الموثق علـى ما هو بداخل المظروف المودع وأنه من حق الموصى أن يسترد المظـروف باعتـبار أن له حـق الرجوع فى الوصية طالما كان حيا ولايوجـد سـند مـن القانون بإلزام الموثق بفض المظروف لمعرفة ما يحتويه من بنود فى الحالين .

لذلـك فـلا يستحق رسوم نسبية على إيداع مثل هذه الوصايا أو سحبها لـتعذر تقديـر هذه الرسوم من جهة أخرى لعدم قيام المصلحة بأداء أية خدمة تستحق عليها هذه الرسوم .

أمـا إذا فتحـت الوصية بعد وفاة الموصى فإن الرسوم النسبية تستحق عليها عقب توثيق محضر فتحها ويتعين مطالبة أصحاب الشأن بها فورا بمجرد إثبات هذا الفتح فإذا لم تسدد فتتخذ الإجراءات القانونية لتحصيل هـذه الرسـوم ولاتسلم أية صورة من الوصية أو محضر فتحها إلا بعد تمام السداد الفعلى تنفيذا للمادة ٣٧ من التعليمات المالية طبعة ١٩٩٣.

بناء على ما تقدم

تلغـى الفقرة الأخيرة من المادة رقم (١٦١) من تعليمات التوثيق طبعة ١٩٩٣.

لذا يقتضى العلم بما تقدم ومراعاة تنفيذه والعمل بمقتضاه ،

الأمين العام   **رئيس قطاع**

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق

" جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب قيدها فى السجل العينى . ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية .

ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لابين ذوى الشأن ولا وبالنسبة إلى غيرهم .

ولايكــون للتصــرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن " .

ونحــيل فى شأن أحكام القيد والجزاء المترتب على عدم إجرائه إلى ما ذكرناه بالنسبة للشهر فى قانون نظام الشهر العقارى .

أما عن إجراءات القيد ، فتقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العيــنى الــتى يقــع العقار فى دائرة اختصاصها وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية (م٤٦) .

ويجــب أن تشتمل الطلبات فضلا عما يتطلبه القانون فى أحوال خاصة على البيانات التى تحددها اللائحة التنفيذية .

ويجــب أن يــرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات المذكورة وفقا لما توضحه اللائحة .

وتقــيد الطلــبات على حسب تواريخ وساعة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية وترقم الطلبات بأرقام مسلسلة ويبين فى هذا الدفتر مراحل العمل فى الطلبات (م٤٧) .

ويرجع إلى اللائحة التنفيذية للقانون الصادرة بقرار وزير العدل رقــم ٨٢٥ لســنة ١٩٧٥ لبــيان الإجراءات والأوضاع والبيانات المشار إليها فيما سلف .

ويــراعى أن أحكام قانون نظام السجل العينى لاتسرى إلا على الأقسام المساحية التى يصدر قرار من وزير العدل بتعيينها . ويحدد القــرار الــتاريخ الــذى يبدأ فيه هذا السريان ، على أن يكون هذا التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل (م٢).

مـادة (٩١٦)

١- كـل عمـل قـانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفامضافا إلى ما بعد الموت ، وتسـرى علـيه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

٢- وعلـى ورثـة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض المـوت ، اعتـبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

الشـرح

١١٤- التحايل على أحكام الوصية :

الأصـل أن للشـخص الحرية فى أن يتصرف فى أمواله كيف يشـاء ، بعـوض أو على سبيل التبرع ، مادام التصرف ينتج أثره حال حياته ، وليس لورثته المحتملين الحق فى الاعتراض على شئ مـن ذلك . أما حق الشخص فى الإيصاء وهو تصرف مضاف إلى

ما بعد الموت على سبيل التبرع ، فمحدود بثلث التركة بحيث لاتنفذ الوصية فى حق الورثة فيما يجاوز الثلث إلا بإجازتهم .

غير أن هذه الحرية تتقيد بالنسبة إلى التصرفات التى تصدر فى مرض الموت . ويرجع ذلك إلى أن حق الورثة يتعلق بأموال الميت مـــن وقـــت نـــزول هذا المرض. فالفقه الإسلامى يجعل ثبوت حق الورثـــة فـــى خلافـــة الميت من هذا الوقت ، وذلك على أساس أن المـــرض الذى أفضى إلى الموت هو سببه العادى ، إذ أن الحقوق والأمـــور تضـــاف إلى أسبابها . ومقتضى هذا أنه إذا صدرت من المـــريض تصـــرفات تنطوى على تبرع جرى عليها حكم الوصية. وذلـــك نظـــرا إلى حالته النفسية التى يشعر معها أنه مشرف على المـــوت، حيث يفسر تبرعه وهو فى هذه الحالة بأنه وصية. ولهذه العلة ذاتها يجرى حكم المريض مرض الموت على الأصحاء الذين تتـــابهم هذه الحالة فى ظروف يغلب عليها الموت، كالمحكوم عليه بـــالإعدام ومـــن يكون فى سفينة أشرفت على الغرق ومن عقد نيته على الانتحار .

أمـــا إذا تصرف الشخص فى ماله بطريق الوصية ، وهى كما رأيـــنا تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فإنه حريته فى الإيصاء تكـــون مقيدة على النحو الذى قدمناه ، حيث لاتنفذ الوصية فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة .

وهـــذا التقيـــيد فى صـــورتيه هاتين قد يدفع إلى التحايل على أحكامه. فقد يخلع الطرفان على التصرف الصادر فى مرض الموت ثـــوب المعاوضـــة مـــع أنه فى الحقيقة تبرع ، وقد يستر الموصى الوصـــية فى شكل تصرف منجز حال الحياة . ويكون الغرض فى الحاليـــن هو الهروب من تطبيق أحكام الوصية . وللوقوف فى وجه هـــذا الـــتحايل أقام الشارع قرينتين قانونيتين لتخفيف عبء الإثبات الـــذى يقـــع على الورثة طبقا للقواعد العامة إذا أرادوا الطعن فى التصرف الذى يصدر من المورث على هذا النحو أو ذاك . **الأولى** فى حالة التصرف فى مرض الموت ، وقد نصت عليها المادة ٩١٦ مدنى ، **والثانية** فى حالة التصرف إلى وارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع وقد نص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

" وعـــرض المشروع لمسألتين فى الوصية على جانب كبير من الأهمـــية : الأولى التصرف الصادر فى مرض الموت ، وقد اعتبر كـــل عمـــل قـــانونى يصدر من شخص فى مرض الموت تصرفا مضـــافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . والمسألة

---

(١) عـــبد المنعم الصـــده ص ٨٠٣ وما بعدها – منصور مصطفى منصور ص ٤٩٢ .

الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع مدى حياته ، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية " .

١١٥ـ كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ على أن : كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

ويقرر هذا النص الحكم العام فى تصرفات المريض مرض الموت ، كما ورد فى المادة ٤٧٧ مدنى تطبيقا لهذا الحكم العام على بيع المريض مرض الموت. فقد وضع الشارع فى الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ القاعدة الموضوعية التى تسرى على كل تصرف يصدر فى مرض الموت ، فالتصرف الذى يصدر من شخص ، وهو فى مرض موته ، قاصدا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف. ولاينفذ من ثم فى مواجهة الورثة ، فيما زاد على ثلث التركة ، إلا إذا أجازوه بعد وفاة المورث .

وهــذه القاعدة فى التصرفات التى تصدر فى مرض الموت كما يفـيد مــنها الورثة فإن دائنى التركة يفيدون منها كذلك لتعلق حقهم بــأموال الميت وقت نزول هذا المرض كما هى الحال بالنسبة إلى الورثــة . بل إن تعلق حق الدائنين بهذه الأموال من وقت المرض أكــثر فاعلية من تعلق حق الورثة بها . وذلك نظرا إلى أن حقوق الدائنين مقدمة على حقوق الموصى لهم والورثة . فإذا كانت التركة مســتغرقة بالدين فلا ينفذ فى حق الدائنين أى تبرع أو محاباه صدر فى مرض الموت ، ولو أجازه الورثة [١].

---

(١) عــبد المــنعم الصده ص ٨٠٥- ويذهب الأستاذ محمد أبو زهرة فى مؤلفــه سالف الذكر ص١٧ إلى أن التقنين المدنى قد خلا من الاحتياط للدائنين من التصرفات الصادرة فى مرض الموت ، إذ ليس فى مواده ما يسوغ للدائن الاعتراض على تبرعات مرض الموت بعد حدوث الموت إذا كانــت الــتركة مســتغرقة بالدين . وقد رد على هذا القول بأن فى نصوص القانون المدنى ما يكفل المحافظة على حق دائن التركة فى هذه الحالة .

فالمــادة ٨٧٥ مدنــى تقضى بسريان أحكام الشريعة الإسلامية فى شأن انــتقال أموال التركة إلى الورثة . ومؤدى هذا أن يكون انتقال الأموال بالحالة التى تقرها هذه الشريعة. وهى تجعل حق الدائنين متعلقا بأموال الميت من وقت نزول مرض الموت ، فلا يحتج عليهم بأى تبرع صدر فــى هذا المرض إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، حيث يكون لهم أن يقتضــوا ديونهم من ثمن المال المتبرع به باعتباره من أموال التركة ، وفــى هذه الحالة لايأخذ من صدر له التبرع وهو فى حكم الموصى له ولا الورثة شيئا (عبد المنعم الصده ص ٨٠٦ الهامش) .

١١٦- شروط اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت :

يشترط لاعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت تسرى عليه أحكام الوصية ما يأتى :

(أ) – أن يكون المتصرف مريضا مرض الموت .

يشـــترط أن يكـــون الشخص الذى يصدر منه التصرف مريضا مـــرض المـــوت أما إذا صدر التصرف فى غير مرض الموت فلا تعلـــق لحق الوارث بأموال مورثه ، ويكون للمالك أن يتصرف كما يشاء فى أمواله معاوضة أو تبرعا ، ولو أدى تصرف المورث إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم [١]، مادام المتصرف كامل الأهلية وقت التصرف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لاتتقـــيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت ، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم مالم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٦/٤)

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٤٩ .

٢- " الــتحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهــو فــى واقــع الأمر وارث ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصــل مــن التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المــورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية . ويترتب على هذا بداهة أن الهبة الصادرة من المــورث فى حال صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطــاق الــتعريف بالــتحايل على قواعد الإرث على ما ذكر. هذا والاعــتراض بــأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة إلى التصرفات الضــارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كان التصــرف مــنجزا ، إذ القــانون لايحرم مثل هذا التصرف على الشــخص كامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته ، لأن التوريث لايقــوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه ".

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

٣- " التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحــد ورثته تكون صحيحة ولو كان المورث قد قصد بها حرمان

بعــض ورثته لأن التوريث لايقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاتـــه . أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه . ولايعتبر الوارث فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المــورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنــه وإن كـــان فـــى ظاهــرة بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه قد صدر فى مرض موت المورث فيعتـــبر حينـــئذ فـــى حكم الوصية لأن فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه فى القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصـــد بها التحايل على قواعد الإرث أما إذا كان مبنى الطعن غير ذلـــك فـــإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذا الحال إنما يســـتمده مـــن مورثه – باعتباره خلفا عاما له – فيتقيد الوارث فى إثبات هذا الطعن بما يتقيد به المورث من طرق الإثبات " .

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/١٣)

١١٧ـ المقصود بمرض الموت :

يـــرجع فـــى تحديـــد مرض الموت إلى الفقه الإسلامى مفسرا بقضـــاء المحـــاكم . وقد نصت المادة (١٥٦٥) من مجلة الأحكام العدلية – وهى تقنين للفقه الحنفى – على أن : " مرض الموت هو الـــذى يغلـــب فـــيه خـــوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية

مصـــالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سـنة ، سـواء كـان صاحب فراش أو لم يكن ، وإن امتد مرضه ومضـت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح، وتكـون تصـرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة، يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت ".

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت أولها: أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه. وثانيهما : أن يغلب فيه الموت . وثالثهما : أن ينتهى بالموت فعلا. إذ مـن شـأن هذه العلامات مجتمعة – وهى أمور موضوعية– أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف على الموت.

ويلحق بالمريض مرض الموت فى أحكامه كل من كان صحيحا فـى حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل فى براءته وحجز لتنفيذ الحكم وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده ، ومـن كان فى معركة حربية ووقف فى الصف الأول للقتال أو فى موضـع الخطر أو كان فى سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحية ، أو كان فى بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى فى هذه الحالة[١] .

---

(١) راجع عقد البيع شرح المادة (٤٧٧).

ونحيل فى شرح الأحكام التفصيلية لمرض الموت إلى مجلد عقد البيع شرح المادة (٤٧٧) .

(ب)- أن يصـــدر من الشخص ثمة تصرف . ولايهم نوع هذا التصـــرف فيستوى أن يكون بيعا أو هبة أو إقرارا أو إبراء أو غير ذلك من التصرفات .

وسواء صدر التصرف لوارث أو لغير وارث .

غير أنه لايشترط أن يحتفظ البائع بحيازة العين محل التصرف والانتفاع بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان المشرع فى المادتين ٤٧٧ ، ٩١٦ من التقنين المدنى لـــم يســـتلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ولم يستوجب المشرع فى هذه الحالـــة أن يحتفظ بحيازة المبيع والانتفاع به طوال حياته على نحو مـــا اشـــترط فـــى المادة ٩١٧ من التقنين المدنى وإذ خلص الحكم المطعـــون فـــيه ســـائغا إلى أن تصرف المورثة للطاعن بموجب العقدين صدر فى مرض الموت فإن ما استطرد إليه الحكم بعد ذلك فى التدليل على احتفاظ المورثة بالحيازة وبحقها فى الانتفاع طوال حياتها هى أسباب نافلة ويكون النعى عليها غير منتج ".

(طعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

(ج) – أن يكون المقصود بالتصرف التبرع :

أمــا إذا كــان التصــرف معاوضــة حقيقة ، نفذ التصرف فى مواجهة الورثة. فإذا تضمنت المعاوضة محاباة كالبيع بأقل من ثمن المــثل ، كانت المحاباة تبرعا . ومقتضى هذا طبقا لحكم الوصية- أن التصرف ينفذ فى حق الورثة فى القدر المتبرع به أو المحابى به إذا خرج هذا القدر من ثلث التركة، أما إذا زاد هذا القدر على ثلث الــتركة فــلا ينفذ التصرف فى الزيادة إلا بإجازة الورثة ، ولايعتد بإجازتهم إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث لأن حق الوارث لايظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث .

وقــد أورد المشــرع تطبيقا خاص لذلك فى عقد البيع إذ نصت المــادة ٤٧٧ مدنى على أن : " ١- إذا باع المريض مرض الموت لــوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البــيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته .

٢- أمــا إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجــاوز الثلــث لايسرى فى حق الورثة إلا إذا أقره أورد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

٣- ويســرى علــى بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦" .

ثـــم نصت المادة ٤٧٨ مدنى على أن : " لاتسرى أحكام المادة السـابقة إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إجـازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لايعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ذلك لأن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لاتثبت له إلا بهذه الوفاة " .

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٠)

وبيـنما تلقـى المـبادئ العامـة على الورثة عبء إثبات أن التصـرف قـد قصد به التبرع ، فإن الشارع قد أعفاهم من ذلك ، بمقتضـى قريـنة قانونية ، أقامها لمصلحتهم على أن التصرف فى مـرض الموت ، إنما قصد به التبرع ، ليلقى على المتصرف إليه عـبء نفي هذه القرينة . بإقامة الدليل على أن التصرف قد صدر فـى مرض موت مورثهم ليعتبر التصرف على سبيل التبرع ، مالم يثبـت من صدر له التصرف عكس ذلك وأنه حقيقة ، دفع للمورث مقابلا لما ناله [1]. وبذلك يكون المشرع قد يسر على الورثة إثبات قصـد التبرع، وهو أمر نفسى كثيرا ما يصعب إثباته . وعلى هذا

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص٣٢٨ – محمد وحيد الدين سوار ص٧٥٩– الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية ص ٦٧ومابعدها .

نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ بقولها : " وإذا أثبت الورثة أن التصـــرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صـــادرا علـــى ســـبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه ".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" عمـــم النص فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانونى يصدر فى مـــرض المـــوت كالبـــيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصـــرفات ، مـــادام يقصـــد بها التبرع ، وقصد التبرع مفروض مادامـــت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، بما فيها البينة والقرائن[1] .

١١٨ـ إثبات ورثة المتصرف أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت :

لما كان أساس تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ، هو صدور التصـــرف فـــى مرض الموت ، فقد قررت الفقرة الثانية من المادة أنه: " على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى فى صدر مـــن مورثهم فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ".

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٩٧ .

فورثـــة المتصـــرف (المـــتوفى) لهم إثبات أن تصرف مورثهم صـــدر مـــنه وهـــو فى مرض الموت ، بكافة الإثبات لوروده على واقعة مادية [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقصد التبرع مفروض مادامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق بما فيها البينة والقرائن " [٢].

ونقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ على أنه: " لايحـــتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا" . والمقصـــود بالســـند هـــنا هو سند التصرف الصادر من المورث وظاهـــر هذا النص أنه إذا كان سند التصرف يحمل تاريخا عرفيا مـــن شـــأنه أن يجعل التصرف صادرا فى وقت سابق على مرض الموت ، فلا يكون هذا التاريخ حجة على الورثة . وصياغة النص على هذا النحو جاءت معيبة . لأن الورثة لايعتبرون من الغير فيما يـــتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية الصادرة بالمعنى المقصود فى

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٢٩٧ .

المـــادة (١٥) مـــن قـــانون الإثبات[1] (التى حلت محل المادة ٣٩٥ مدنـــى) وذلك لأنهم خلف عام لمورثهم ، فيسرى فى حقهم ما كان ســاريا فـــى حقـــه ، ومـــن ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصـــرف الصــــادر منه حجة عليهم كما كان حجة عليه ولو كان التاريخ غير ثابت .

والصـــحيح، أنـــه رغم أن هذه الورقة تحمل تاريخا سابقا على مـــرض المـــوت ، مع ادعاء الورثة أن التصرف صدر فى مرض الموت ، ولكن الورقة قدم تاريخها على وقت المرض للحيلولة دون الطعـــن فى التصرف ، يعتبر غشا وتحايلا على القانون ، أريد به الإخـــلال بحقهـــم الشخصى فى الميراث ومثل هذا الغش والتحايل

---

(١) تـــنص هذه المادة على أن : " لايكون المحرر العرفى حجة على الغير فـــى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ... إلخ " - ومؤدى هذا أن تاريخ الورقة العرفية التى يحتج بها على الغير ، إذا لم يكن ثابتا بإحدى الوقائع التى تقطع بصحته على نحو ما ذكرته هذه المادة ، فلا تكون له حجـــية قبل الغير . وذلك بمعنى أن الغير الذى يحتج ضده بهذه الورقة لايكـــون فـــى حاجة إلى أن ينازع فى صحة تاريخها ، وإنما حسبه أن يتمسك بعدم ثبوته حتى تعتبر الورقة بالنسبة إليه بدون تاريخ . ويترتب علـــى ذلـــك أن التصرف الوارد فى الورقة لا يكون نافذا فى حق الغير (عبد المنعم الصده ص ٨٠٦ هامش ١) .

يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ومن بينها البينة والقرائن[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقا فيماله ينحجر به المورث عن التصرف بالوصية لوارث آخر. وهذا الحق يكون كامنا ولايظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث ، وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يطعن به على تصرفات المورث الماسة بحقه ، وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحل له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات . فإذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم في الطعن يطعنون على السند الذى تستمسك به الطاعنة بأنه تصرف إنشائي من المورث أخرجه في صيغته مخرج تصرف إقراري بقصد إنشاء وصية للطاعنة مع أنها من ورثته الذين لايصح لهم إلا بإجازة سائر الورثة، وقدم خصوم الطاعنة وهم من الورثة أمام المحكمة أدلة تفيد أن السند المتنازع

---

(١) السنهوري ص ٢٩٥ ومابعدها - عبد المنعم الصده ص ٨٠٦ ومابعدها- محمود جمال الدين زكي ص ٣٢٦ ومابعدها - منصور مصطفى منصور ص ٤٩٣ ومابعدها .

عليه هو وصية لم يجزها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند فلا تثريب عليها فى ذلك " .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٧)

٢- " إن الـوارث وإن كان لايرتبط بالتاريخ العرفى الوارد فى ورقـة التصرف الصادر من مورثه متى كان له قانونا حق الطعن فـى ذلك التصرف ، إلا أنه ليس له أن يطالب بعدم الاحتجاج عليه بذلك التاريخ لمجرد كونه غير ثابت بصفة رسمية ، بل كل ماله هو أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن التصرف المطعون فيه لم يصدر فى تاريخه العرفى وإنما صدر فى تاريخ آخر ليتوصل من ذلك إلى أن صـدوره كـان فـى مرض الموت فيكون باطلا. ذلك لأن حق الوارث يتعلق قانونا بمال مورثه بمجرد حصول مرض الموت فلا يملـك المـورث بعـده حق التصرف فى ماله الذى يعتبر فى حكم المملـوك لوارثه ، مما يقتضى أن تكون العبرة فى هذه المسألة هى بصـدور التصرف فعلا فى أثناء مرض الموت بصرف النظر عن الـتاريخ الموضـوع له . وإذن فإذا كان الحكم لم يعتبر التصرف الصادر من المورث لبعض الورثة لمجرد كون تاريخه عرفيا وأن المـورث توفـى على إثر المرض ، دون بحث فى حقيقة التاريخ المـدون فـى العقـد والتحقق من أن التصرف إنما صدر فعلا فى مرض الموت ، فإنه يكون مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/١٥)

٣-" وإن كانــت المادة ٩١٦ من القانون المدنى قد نصت على أنه لايحتج على الورثة الذى يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا الـتاريخ يظـل حجــة علــيهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ لاحق توصلا منهم إلى إثبات أن صدوره كــان فـــى مرض الموت فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١١)

٤- " إثــبات الـتاريخ لايكــون إلا بإحدى الطرق التى عينها القــانون ، ولايحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هــذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصــرف صــدر فى تاريخ آخر توصلا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت " .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)[1]

---

(١) كما قضى ذات الحكم بأن :

" إن توقــيع المطعــون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع- المطعون فــيهما بصدورهما فى مرض الموت- فى وقت مبكر لم يكن قد أصبح فــيه وارثــا لا يعــدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث، ولايعتبر إجازة منه للعقدين ، لأن هذه الإجازة لايعتد بها إلا إذا حصلت

٥- الوارث لايعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المـورث- وعلـى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فـى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية لأنه فى هاتيـن الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام " .

(طعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

١١٩- إثبات المتصرف إليه أن التصرف ليس تبرعا :

بعـد أن جعل المشرع إثبات ورثة المتصرف حصول التصرف فـى مرض الموت قرينة على أنه قصد به التبرع ، فلا ينفذ إلا فى حـدود الثلث بغير موافقة الورثة ، وبموافقتهم فيما عدا ذلك . أتاح لمن صدر له التصرف إثبات عكس ذلك ، وأن التصرف فى حقيقته كـان معاوضة لينجو من عدم نفاذ التصرف إلا فى حدود الثلث فى مواجهة الورثة . ذلك أنه من المحتمل - وإن كان ذلك نادرا - أن

بعـد وفـاة المـورث . إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لاتثبـت له إلا بهـذه الوفاة . كما أن توقيعه على العقدين لايفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره " .

يكـــون المـــورث قـــد تصرف فى مرض موته معاوضة لاتبرعا ، وأكثر ما يقع ذلك فى عقد البيع [1].

---

(١) وحال مناقشة لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ للمادة اعترض سعادة الرئـــيس علـــى الفقـــرة الثالثة منها من حيث إلقاء عبء الإثبات على الموصـــى لـــه . فرد عليه معالى السنهورى باشا قائلا إن عبء الإثبات ألقـــى على الموصى له كى يثبت عكس ما يدعى عليه من أن التصرف تبرع .

فوافقت اللجنة على المادة دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٢٩٨) – راجع أيضا المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى الصورية فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٦ ص ٢٠١.

مــادة (٩١٧)

إذا تصــرف شــخص لأحــد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحــيازة العيــن الــتى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حــياته ، اعتــبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك .

الشــرح

١٢٠- التصــرف لــوارث مــع الاحــتفاظ بحــيازة العــين وحق الانتفاع بها مدى الحياة يعتبر وصية :

تــنص المادة على أنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بــأى طــريقة كانــت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك " .

وقــد أتــى هــذا النص ليعالج مسألة تضاربت الأحكام بشأنها تضــاربا كبــيرا ، حتى أصبحت الأقضية فى شأنها أدخل فى باب الحــظ منها فى باب الحقوق الثابتة [١]. فكثيرا ما يلجأ الشخص إلى

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٠١- فقد ذهبت المحاكم فى شأن أمثال هذه التصرفات مذاهب شتى ، فمنها ما كان يقر ظاهر العقد ويجرى عليه حكمه . ومنها ما كان ينفذ إلى حقيقة التصرف ويجرى عليه حكم الوصية .

التصــرف لأحــد ورثــته بتصرف يخرجه فى صورة بيع أو هبة لــيؤثره بجــزء من تركته ، والمتصرف لا يقصد فى الحقيقة إلى تملــيك مــنجز ، بل إلى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت . ولذلك نراه يقرن هذا التصرف الناجز فى مظهره بما يكشف عن حقيقته ،

وقــد قررت محكمة النقض مرارا أن ما تحصله محكمة الموضوع، فى هذا الشأن لتكوين اقتناعها بحقيقة العقد ليس إلا تحصيلا لفهم الواقع فى الدعــوى ، ومــن ثم فلا رقابة عليها فى هذا الصدد متى استدلت على صدق نظرها بأدلة سائغة أوردتها فى حكمها من شأنها أن تؤدى إلى ما رتبته عليها (طعن رقم ٤٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٢٦) .
وعلــى ذلك فإذا قضت المحكمة باعتبار العقد سائرا لوصية ، وكان مما استخلصت منه نية إضافة التمليك إلى ما بعد الموت أن البائع بقى منتفعا بالأطيــان التى تــصرف فيها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون. (طعــن رقــم ٥٠ لســنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٩) – وبهذا المعنى طعــن رقــم ٨٣ لسنة ٢٠ق جــلسة ١٩٥٢/٣/٦ .
وأنه إذا قررت المحكمة فى حكمها أن اشتراط البائع على المشترية عدم التصــرف فــى العين المبيعة ما بقى حيا ليس من شأنه أن يجعل العقد وصية واستخلصت من التحقيق الذى أجرته أن المطعون عليها وضعت يدها على العين المبيعة عقب صدور البيع لها وأنها دفعت الثمن وانتهت من كل ذلك إلى القول بأن العقد يعتبر بيعا منجزا لا وصية فإنها لاتكون قد خرجت فى تفسيره عن ظاهر مدلوله ويكون النعى عليها بالخطأ فى تكييف العقد لا مبرر له مادامت قد أثبتت فى حدود سلطتها الموضوعية وفــى استخلاص لا عوج فيه أن التصرف لم يكن تبرعا وأنه قصد به التملــيك المــنجز (طعن رقم ٥٣ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١/٢٤ – راجع محمد على عرفه ص ٦٤١ وما بعدها) .

فيحتفظ لنفسه بحيازة العين ، إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، أو من أى طريق آخر يرمى إلى احتفاظه بحيازة العين مُدى حياته كتأجيرها مدى الحياة .

وكانت العلة فى كثرة هذا النوع من التصرفات هو عجز المورث عن الإيصاء لوارثه قبل صدور قانون الوصية ، إذ كانت القاعدة الشرعية أنه " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها باقى الورثة" فمتى كان التصرف وصية لم يجزها الورثة فهو تصرف باطل، فتفاديا لهذا البطلان يلجأ المورث إلى ستر وصيته فى شكل تصرف منجز(١).

وهذا الحكم الجديد ، وإن كان يؤدى إلى تقليل الالتجاء إلى هذا الضرب من التحايل ، إلا أنه لايعنى انقطاع مثل هذا التحايل تماما، فقد يلجأ إليه المورث إذا أراد أن يحابى أحد الورثة بما يزيد على ثلث التركة .

١٢١ـ شروط القرينة المنصوص عليها بالمادة :

يشترط لتوافر القرينة المنصوص عليها بالمادة ٩١٧ مدنى توافر الشروط الآتية :

---

(١) محمد على عرفه ص ٦٤٠ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ٨١٠.

١- أن يكـــون التصـــرف صادرا إلى أحد الورثة، والعبرة فى تحديـــد صفة الوارث بوقت وفاة المتصرف لأن هذه الصفة لاتتحدد إلا بوفاة المتصرف .

فلا عبرة إذن بمن كان سيثبت له حق الإرث إذا توفى المورث وقت التصرف [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" دلـــت المادة ٩١٧ من القانون المدنى على أنه من بين شروط إعمـــال هـــذا النص أن يكون المتصرف إليه وارثا للمتصرف وإذ كانـــت هذه الصفة لاتتحدد إلا بوفاة المتصرف ، مما لا يصح معه وصف المتصرف إليه بأنه وارث للمتصرف مادام الأخير على قيد الحياة ، فإن المورث لايفيد من القرينة التى أقامتها هذه المادة".

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٥)

٢- أن يحـــتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها :

ويلاحـــظ أن المـــادة لـــم تشـــترط أن يكون المتصرف قد منع المتصـــرف إلـــيه من التصرف فى العين ، بل هى تكتفى بأن يظل المتصرف محتفظا بالعين .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨١٤ – محمد وحيد الدين سوار ص ٧٦٠.

والحـــيازة المقصـــودة هـــنا هى الحيازة المادية التى تقوم على الركـــن المـــادى للحـــيازة . وهى واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطـــرق . كـــأن يقام الدليل على أن المتصرف كان يستعمل العين بنفسه أو يقوم بتأجيرها باسمه [١].

ويجب أن يكون للمتصرف إليه حق حيازة العين إما بموجب بند فـــى التصرف أو اتفاق مستقل عنه مع المتصرف إليه . أما مجرد احتفاظ المتصرف فعلا بحيازة العين حتى لو انتفع بها طوال حياته دون الاســـتناد إلـــى حق يستطيع التمسك به فى مواجهة المتصرف إليه ، فلا يكفى لقيام القرينة القانونية .

ويجب أن يستمر الاحتفاظ بالحيازة مدى حياة المتصرف .

٣- أن يحتفظ المتصرف بحقه فى الانتفاع بالعين مدى حياته.

ويعتـــبر هـــذا الشـــرط مكملا للشرط الثانى ، لأن الغرض من الاحتفاظ بحيازة العين هو الانتفاع بها .

ويســـتوى أن يكـــون هذا الانتفاع بمقتضى حق عينى بأن يكون التصرف قاصرا على ملكية الرقبة ويحتفظ المتصرف بحق الانتفاع ، أو يكـــون بمقتضى حق شخصى بأن يكون التصرف شاملا للملكية الـــتامة ولكـــن المتصرف إليه يعير العين للمتصرف أو يؤجرها له

---

(١) عـــبد المـــنعم الصده ص ٨١٤ - الدكتور سعيد عبد السلام حق الملكية فقهـــا وقضـــاء ص ٢٧٧ - المستشار أنور العمروسى الملكية وأسباب كسبها فى القانون المدنى ٢٠٠٣/ ٢٠٠٤ ص ٦٥٢ محمود جمال الدين زكى ص ٣٣٢ وما بعدها .

مـــدى حياته . إنما يشترط في جميع الأحوال أن يكون للمتصرف حـــق فـــى الانـــتفاع بناء على اتفاق بين الطرفين . فلا يكفى لقيام القريـــنة مجرد الانتفاع الفعلى الذى لايستند إلى حق قانونى . وهذا واضح من عبارة النص حيث قدر الشارع أن من يريد التحايل على أحكام الوصية مع احتفاظه بمزايا الملكية لايكتفى عادة بترك الأمر فـــيما يـــتعلق بانتفاعه بالعين لمشيئة المتصرف إليه . على أنه إذا كانـــت القريـــنة القانونـــية لاتقـــوم فـــى حالة الانتفاع طوال حياة المتصـــرف ، فإن للمحكمة أن تستخلص من هذا الانتفاع فى ضوء ظـــروف الدعـــوى قريـــنة قضائية على اتجاه قصد المتصرف إلى الايصاء [١].

أمـــا إذا احتفظ المتصرف لنفسه بحق الانتفاع بالعين المتصرف فـــيها مدة معينة . وكان المتوقع بحسب المجرى العادى للأمور أن يعيش المتصرف بعد انقضاء هذه المدة، فلا يكفى ذلك لقيام القرينة ولو مات المتصرف قبل انتظار هذه المدة [٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨١٤ .

(٢) الدكـــتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى ص ٦٥- وعكس ذلك الدكتور عبد المنعم البدراوى عقد البيع فـــى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٦٨ ، فيذهب إلى أنه إذا اشترط فى التصرف أن يظل المتصرف منتفعا بالعين مدة معينة (عشر ســـنوات مـــثلا) ، ثم توفى خلال هذه المدة، فهل يعتبر الشرط الثالث متوافرا نحن نرى ذلك ، إذ العبرة ببقائه فعلا منتفعا بالعين طوال حياته.

ويجـــب أن يكـــون المتصرف هو نفسه الذى ظل منتفعا بالعين طوال حياته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) – " مفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدنى هو أن القريـــنة الـــتى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما هو احـــتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته – فـــإذا كـــان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حـــيازة المـــورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البـــيع لـــم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنفيذا للتوكيل الصادر منهم إليه فإن الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث بحقه فى الانتفاع بالأعـــيان المتصرف فيها مدى حياته مما تنتفى به القرينة القانونية الواردة فى المادة ٩١٧ مدنى " .

(طعنان رقما ٤٥٩، ٤٧١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

(ب)– " المقصود بالاحتفاظ بالحق فى الانتفاع وفقا للمادة ٩١٧ مدنـــى هو أن يكون انتفاع المتصرف بالعين مدى حياته مستندا إلى حق ثابت لايستطيع المتصرف إليه تجريده منه ويكون ذلك إما عن طـــريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، وإما عـــن طريق الإيجار مدى الحياة أو عن طريق آخر مماثل ومن ثم

فـلا يكفـى لقـيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف إذ يكون الحق فى الانتفاع فى هذه الحالة مقررا لهذا الغير ، كما لايكفى أن ينـتفع المتصـرف بالعيـن انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقا فى الانتفاع ".

(طعنان رقما ٤٥٩ و ٤٧١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

(ج)- " القريـنة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى لاتقوم – على ما جرى به قضاء محكمة النقض- إلا إذا كـان المتصـرف لأحـد ورثته قد احتفظ لنفسه بحيازته للعين المتصـرف فـيها وبحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمريـن مـدى حـياته لحسـاب نفسه مستندا إلى حق لايستطيع المتصرف إليه حرمانه منه " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥)

(د)- " مفـاد نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى – وعلى ما جـرى به قضاء هذه المحكمة- هو أن القرينة التى تضمنها لاتقوم إلا باجـتماع شرطين (أولهما) هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصـرف فيها (وثانيهما) احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكـون احـتفاظه بالأمرين مدى حياته ، ولقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافر هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع

علـيه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك فى ضوء ظـروف الدعـوى الـتى أحاطت به ، مادام قد برر قوله فى هذا الخصوص بما يؤدى إليه ".

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦١/١٦)

(هـــ) - " لاتقوم القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مـن القـانون المدنـى - وعلـى ما جرى به قضاء محكمة النقض- إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد احتفظ لنفسه بحيازته للعيـن المتصـرف فـيها ، وبحقه فى الانتفاع بها على أن يكون الاحـتفاظ بالأمريـن مـدى حياته لحساب نفسه ومستندا إلى حق لايستطيع المتصرف إليه حرمانه منه " .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٧)

(و)- " إذا كـان الحكـم المطعـون فيه قد نفى بأسباب سائغة احـتفاظ المـورث بحـيازته للعين المتصرف فيها - واعتبر قيامه بتحصيل أجرتها بعد التصرف فيها إنما كان لحساب أولاده القصر- المتصـرف إلـيهم - بصفته وليا طبيعيا عليهم ، ولم يكن لحساب نفسـه لعـدم استناده فى ذلك إلى مركز قانونى يخوله حق الانتفاع بـتلك العيـن ، فإن الحكم المطعون فيه ، وقد قضى باعتبار البيع مـنجزا مسـتوفيا أركانـه القانونية ومنها الثمن ، وأنه صدر من المـورث فى حال صحته ، ولايقصد به الوصية ، مستندا فى ذلك

إلـــى أســباب سائغة تكفى لحمل قضائه ولا فساد فيها ، فإن النعى علــيه بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٧)

(ز)- " مجــرد بــيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد أن كان قد تصرف إليهما فى حق الرقــبة، لايمــنع من اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة ٩١٧ من القــانون المدنـــى ، إذ لايعدو ذلك أن يكون بمثابة بيع الرقبة وحق الانـــتفاع ابتداء مع النص على تنجيز التصرف ، وهو ما لا يحول بيـــن الطاعـــنات - بـــاقى الورثة - وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع".

(طعن رقم ٤٧١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣٠)

١٢٢ـ إثبات شروط القرينـة :

يقـــع عبء إثبات توافر الشروط الثلاثة اللازمة لتوافر القرينة المنصوص عليها بالمادة ٩١٧ مدنى على من يتمسك بهذه القرينة، سواء كان وارثا أو دائنا للتركة .

وله إثبات ذلك بكافـــة طـــرق الإثبات بما فيها شـــهادة الشهود والقرائن القضائية [١].

---

(١) السنهورى ص ٣١١ الهامش - عبد المنعم البدراوى ص ٦٧ ومابعدها.

ولاينال من وجود هذه القرينة عدم ذكر الشرطين الثانى والثالث مـــن شـــروطها بالعقد ، لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

"... ولايجــوز الـــتحدى بعدم توافر هذين الشرطين أو أحدهما اســتنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأنه لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩)

٢- " مـــن المقـــرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه وإن كان صحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة ٩١٧ من القانون المدنى، لاتقـــوم إلا باجـــتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين الـــتى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، إلا أن خلو العقد من النص عليهما لايمنع قاضى الموضوع من استعمال سلطته فـــى الـــتحقق مـــن توفر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتـــنازع علـــيه وقصـــد المتصـــرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظـــروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد مـــن نصـــوص صريحة دالة على تنجيزه ، لأن للوارث أن يثبت بطـــرق الإثـــبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع ، متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث " .

(طعن رقم ٤٧١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣٠)

٣- " لايجـوز التحدى بعدم توافر شرطى القرينة الواردة فى المـادة ٩١٧ من القانون المدنى أو أحدهما استنادا إلى ما جاء فى صـياغة العقـد بشأنه ، لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه " .

(طعن رقم ٩٠٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٢/١٧)

٤- " جـرى قضـاء هذه المحكمة على أن القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى لاتقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بالعين التى تصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ... إلا أن خلو العقد من النص عليها لايمنع محكمة الموضوع إذا تمسك الورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذيـن الشـرطين رغم عدم النص عليهما فى العقد من التحقق من توافرهما للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه فى ظروف الدعوى وملابساتها " .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١١/١١)

ويخضـع توافـر شروط هذه القرينة من عدمه لسلطة محكمة الموضـوع بغـير معقـب علـيها مـن محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الــتحقق من أحقية المورث فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مــدى حياته لحساب نفسه استنادا إلى حق لايستطيع المتصرف إليه حرمانه منه لثبوت قيام القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مــن القــانون المدنى، هو من سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا " .

(طعن رقم ٩٧٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/٥)

١٢٣- الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية، فى حقيقته دفع بصورية العقد صورية نسبية :

وقــد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضائها الصادر بتاريخ ١٩٧٣/٣/١٠ فى الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٣٨ ق والذى ذهبت فيه إلى أن :

" الدفــع بــبطلان عقــد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصــف بأنــه دفع بالبطلان ، إلا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود منه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إنما هو دفع بصورية هــذا العقد صورة نسبية بطريق التستر ، لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلــبه المتمســك بهــذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصــده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النــية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الظاهر لاوجود له ، وهذه حالة

واقعــية قائمــة ومستمرة لاتزول بالتقادم، فلايمكن أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن ".

١٢٤ـ القرينة المنصوص عليها بالمادة لاتتعلق بالنظام العام :

القريــنة المنصــوص عليها بالمادة ٩١٧ مدنى لاتتعلق بالنظام العــام، ومــن ثــم لايجوز للمحكمة التصدى لها من تلقاء نفسها ، ويجب التمسك بها من صاحب المصلحة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التمســك بالقرينة الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى إنما يكون من صاحب المصلحة وليس لمحكمة الموضوع أن تتصدى له من تلقاء نفسها " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢)

وهذه القرينة من أمور الواقع ومن ثم لايجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تحقــيق القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى بشرطيها ، وجواز التدليل على عكسها من أمور الواقع التى تســتقل بها محكمة الموضوع . وإذ كانت الطاعنة لم تتمسك بذلك أمــام تلــك المحكمــة ، فإنه لايقبل منها التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

١٢٥ـ تطبيق القرينة من حيث الزمان :

القريـــنة المنصـــوص علـــيها بالمادة ٩١٧ مدنى استحدثت فى التقنيـــن المدنـــى الجديد كما ذكرنا سلفا ، ومن ثم لا يكون لها أثر رجعـــى فلا تنطبق على التصرفات التى أبرمت قبل تاريخ نفاذ هذا التقنين وهو ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ذلك أن القرينة القانونية تكون علـــى صلة بالناحية الموضوعية للحق ، شأنها فى ذلك شأن الأدلة الـــتى تعـــد مقدما وهى الأدلة الكتابية ، فتأخذ حكمها . وقد نصت المـــادة ٩ مدنـــى- المنطبقة- فى خصوص هذه الأدلة على أنه : " تســـرى فـــى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى ينبغى فيه إعداده " . والشـــارع فى القرينة القانونية يستمد من واقعة معينة دليلا لصالح المدعى يغنيه عن الإثبات بطريق آخر . وبذلك يعتبر هذا الدليل أنه قـــد أعد وقت قيام الواقعة ، ويكون الفارق بينه وبين الأدلة الكتابية أن القـــانون قد تكفل بإعداده بينما تعد هذه الأدلة بواسطة الأفراد . وعلـــيه تخضع القرينة لحكم القانون المطبق وقت قيام الواقعة التى تســـتمد منها القرينة . وقد نصت المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنيـــن المدنى فى هذا المعنى على أنه : " تسرى فى شأن القرائن القانونـــية النصـــوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى تترتب عليه القرينة القانونية " . ولكن لجنة المراجعة

حذفــت هــذه المادة لعدم الحاجة إليها (١). وبالإضافة إلى ذلك فإن للقرينة القانونية طابعا استثنائيا من ناحيتين : الأولى خروجها على القــاعدة العامة فى محل الإثبات وفى عبء الإثبات ، إذا أنها تنقل الإثــبات من الواقعة التى كان يجب إثباتها بمقتضى القاعدة العامة فــى محــل الإثــبات إلى واقعة أخرى متصلة فيصبح الإثبات من السهولة بحيث يترتب عليه فى الواقع انتقال العبء الحقيقى للإثبات إلــى عــاتق الطرف الآخر فى الخصومة ، والثانية مخالفتها لمبدأ اقتــناع القاضــى، حيث يتعين على القاضى أن يأخذ بحكمها متى توافــرت شروطها ، فلا تكون له سلطة تقدير مدى مطابقتها لحقيقة الواقــع. ولايعقل أن ينصرف حكم الاستثناء إلى وقائع حصلت قبل النص عليه (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" القــاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى. والقرينة التى استحدثتها هذه المادة لاتصــالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا لايجوز إعمالها بأثر رجعى علــى التصــرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٢٢٧ .

(٢) عــبد المــنعم الصده ص ٨١٥ وما بعدها – المستشار أنور العمروسى الملكــية وأسباب كسبها فى القانون المدنى ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ص ٦٥٥ – عبد المنعم البدراوى ص ٦٩ ومابعدها .

ولقد كان من المقرر فى ظل القانون الملغى أن الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عـدم صـحتها بأى طريق من طرق الإثبات ، فعبء الإثبات كان علـى مـن يطعـن فى التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بهـا الطاعـن إلى إثبات دعواه والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره " .

(طعن رقم ٣٩٥ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤)

١٢٦ـ أثر إثبات توافر شروط القرينة :

إذا توافـر الدلـيل على توافر شروط القرينة المنصوص عليها بالمـادة ٩١٧ مدنـى ، تعين على القاضى أن يجرى حكم القرينة فيعتبر التصرف وصية، ومن ثم لاينفذ التصرف فى حق الورثة إلا إذا خرجـت العين من ثلث التركة ، ولاينفذ فى حق الدائنين إطلاقا إذا كانـت الـتركة مستغرقة بالدين لأن الديون مقدمة على الوصايا كما ذكرنا سلفا .

وعلى المحكمة إن خلصت إلى وصف التصرف بأنه وصية أن تسـتظهر عناصـر التركة وتقدر صافى قيمتها ومقدار الثلث الذى يجـوز فيه الإيصاء بغير إجازة وتتناول التصرف المطروح عليها

للـــتحقق ممـــا إذا كـــان يدخل فى حدود الثلث فتقضى بصحته فإن تجـــاوزت قيمـــته هـــذا النطاق قضت بصحة القدر الذى يدخل فى حدوده .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوصية تنفذ من غير إجازة الورثة فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديون الميت وهو ما يوجب على المحكمة – إذا وصفت العقد بأنـــه وصـــية – أن تســـتظهر عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها ومقـــدار الثلـــث الذى يجوز فيه الإيصاء ، بغير إجازة – وتتناول التصرف المطروح عليها للتحقق مما إذا كان يدخل فى حدود الثلث فتقضـــى بصـــحته فـــإن تجاوزت قيمته هذا النطاق قضت بصحة القدر الذى يدخل فى حدوده " .

(طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/١٠/٩)

١٢٧ـ يجوز للمتصرف إليه إثبات عكس القرينة :

القريـــنة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ قرينة غير قاطعة ، ومن ثم يجوز للمتصرف إليه أن ينقض هذه القرينة بالدليل العكسى، ويجـــوز له هذا الإثبات بجميع الطرق . كأن يثبت أن التصرف فى حقيقته بيع ، وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن . أو يثبت أن

التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف . وحينئذ يعتد بالتصرف الذى قام بإثباته [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مجــرد بيع المورث حق الانتفاع بالعقارات موضوع الدعوى إلى ولديه القاصرين بعد أن كان قد تصرف إليهما فى حق الرقبة ، لايمــنع مــن اعتبار التصرف وصية وفقا للمادة ٩١٧ من القانون المدنـــى ، إذ لايعــدو ذلك أن يكون بمثابة بيع الرقبة وحق الانتفاع ابــتداءمع الــنص علـــى تنجــيز التصرف ، وهو ما لايحول بين الطاعنات- باقى الورثة – وبين إثبات مخالفة هذا النص للواقع".

(طعن رقم ٤٧١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣٠)

١٢٨ـ يجــوز للــوارث إثــبات أن التصــرف يخفــى وصــية دون الاستناد إلى القرينة المنصوص عليها بالمادة ٩١٧ مدنى :

يجــوز للوارث- دون التمسك بالقرينة المنصوص عليها بالمادة ٩١٧ مدنى – أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية التصرف الذى أبــرمه المورث وأنه يقصد به الإيصاء ، لأن تصرف المورث هو تصـــرف صـــورى يخفـــى وصية افتئاتا منه على قواعد الميراث المقررة بالقانون إضرارا بوارث آخر ، يعتبر من الغير بالنسبة لهذا

---

(١) السنهورى ص ٣١٤ وما بعدها – الدكتور سعيد عبد السلام حق الملكية فقها وقضاء ص ٢٧٧- محمد على عمران ص ٦٦ .

التصـــرف . فمـــا يفعله المورث هو من قبيل الغش والاحتيال على القانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مـــن المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لتطبيق القريـــنة المنصـــوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يكـــون المـــورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وأن يكون احتفاظه بالأمرين معا طيلة حـــياته إلا أن ذلك لايحول دون حق المحكمة المقرر بالمادة ١٠١ مـــن قـــانون الإثبات فى استنباط القرائن القضائية التى لم يقررها القانون وأن تستند إليها فى إثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود. لما كان ذلك وكان تصرف المورث تصرفا صوريا يخفى وصية افتئاتا مـــنه علـــى قواعد الميراث المقررة بالقانون إضرارا بوارث آخر يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فيجوز له إثبات صوريته وأنه فـــى حقيقـــته وصـــية بجمـــيع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن القضائية ، وكان الحكم المطعون فيه قد استنبط من أقوال شاهدى المطعون ضدهن أن تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصـــاية الطاعـــنة وهو عقد البيع المؤرخ ١٩٦٧/٩/١٥ عقد غير مـــنجز ولم يدفع له ثمن وينطوى على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وكانت هذه القرينة القضائية التى استنبطها الحكم قد أحاطت

بعناصــر الوصية من كونها تبرعا غير منجز ومضافا إلى ما بعد المــوت فإنها تكون كافية لحمل قضائه دون ما حاجة إلى القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٤١٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧)

٢- " انتفاء شروط القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لايحول دون استنباط إضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن أخــرى قضـــائية ، وتقدير الأدلة والقرائن هو ما يستقل به قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٤)

٣- " المقــرر فــى قضاء هذه المحكمة أن عدم توافر شروط قريــنة المـــادة ٩١٧ من القانون المدنى لايحول دون استنباط قصد الإيصـــاء وإضـــافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن قضائية أخــرى ، ولئن كان استظهار هذه القرائن المؤدية إلى وصف العقد هــو مــن المسائل التقديرية التى تستقل بها محكمة الموضوع متى كـــان بـــيانها سائغا إلا أن وصف العقد ذاته هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/١٠/٩)

ومـــن القرائـــن الـــتى يســـتدل بهـــا على نية التبرع عدم دفع المتصـــرف إليه ثمنا للمبيع [١]. أو تنازل البائع عن الثمن فى عقد البـــيع ، أو كون حالة المتصرف إليه المالية تعجزه عن دفع الثمن بالرغم من ضآلته بالنسبة لقيمة المبيع . أو مصادقة المشترى على تصرف البائع فى المبيع مرة ثانية[٢] أو من عدم تسجيل العقد ولكن

---

(١) **وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :**

" مـــتى كانت محكمة الموضوع إذ اعتبرت العقد المفرغ فى صيغة عقد البـــيع وصية ، قد حصلت ذلك مما ثبت لديها من أن المتصرف إليه لم يدفـــع ثمنا ، وأن العقد وجد فى خزانة المتصرف بعد وفاته ، وأنه كان يقـــبض أربـــاح السندات التى استحقت بعد صدوره منه ، فإنها تكون قد حصلت فهم الواقع فى الدعوى من أدلة مقبولة فعلا من شأنها أن تؤدى إلى ما ذهبت إليه " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٩)

(٢) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" إذا كانـــت المحكمـــة قد رأت أن العقد المتنازع عليه بين الطرفين لم يقصـــد بـــه البـــيع بـــل قصد به ستر تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وذكرت فى حكمها أنها قد حصلت من ظروف الدعوى وملابساتها، فلا شـــأن لمحكمـــة النقض معها متى كانت الدلالات التى أشارت إليها من شـــأنها أن تســـوغ ذلك . وإذن فلا محل للطعن عليها إذ كان سندها فى قضـــائها باعتبار العقد المذكور وصية هو عدم تسجيله ، وعدم دفع ثمن للمبـــيع المذكور به ، وعدم تنفيذه قبل وفاة المورث ، وبقاءه فى حوزته حتى وجد فى صندوقه الخاص بعد وفاته ، فإن كل ذلك جائز للاستشهاد به للنتيجة التى وصلت إليها .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/١٦)

لايشترط دائما لاعتبار العقد تبرعا ألا يكون مسجلا ، فتسجيل العقد لايمنع من اعتباره وصية إذا توافرت القرائن على ذلك . كما تستفاد نـــية التبرع من اتفاق العاقدين على عودة ملكية المبيع إلى البائع إذا توفـــى المشترى قبله[١]. أو بقاء البائع متمتعا بكافة مظاهر الملكية

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" فـــإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو فى الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشترية ، بعد تاريخ تسجيل عقد البيع ، تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته ، وتصرح فيه بأنه فى حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمسك ورثتها فى دفع هذه الدعوى بورقة صادرة لها من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيها على ريع الأرض المبيعة، واعتبرت المحكمة هذا التنازل ملغيا للقيد المتعلق بالملكية الوارد فى إقرار المشترية ومتمما لعقد البيع بجميع أركانه ، زعما بأنه بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة معا إلى المشترية – فهذا الاعتبار لا يمكن حسبانه تفسيرا لعقد البيع ولا لإقرار المشترية أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للعقد أغفلت المحكمة فيه عنصرا هاما هو ما نص عليه فى إقرار المشترية من عودة الملكـــية إلى البائع إذا ما توفيت هى قبله . ولمحكمة النقض أن تصحح هـــذا العقـــد على موجب قيام هذا العنصر الذى لاخلاف على ثبوته ولا على دلالته فتعتبره وصية من البائع لابيعا صحيحا " .

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٣/٢)

للأعـيان موضـوع العقـد من تأجيرها باسمه بوصفه مالكا لها ، والتقاضـى بشـأنها بوصـفه مالكا لها أيضا ورفع الديون العقارية المطلوبة عليها [١].

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" لمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير العقود بما تراه أدنى إلى ما نواه العاقدان بناء على ما تستخلصه من مجموع ظروف الدعوى وملابساتها. فإذا هى اعتبرت العقد موضوع الدعوى ساترا لتبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، معتمدة فى ذلك على القرائن التى ثبتت لديها من بقاء العقد فى حـيازة المورث وبين أوراقه بغير تسجيل إلى أن توفى ، وعدم تسجيله بعـد ذلك لمدة تقرب من الخمس السنوات ، وبقاء المورث متمتعا بكافة مظاهر الملكية للأعيان موضوع العقد من تأجيرها باسمه وبوصفه مالكا لهـا والتقاضـى بشـأنها بوصفه مالكا لها أيضا ودفع الديون العقارية المطلوبـة عليها ، ثم على ما استبانته من فقر المتصرف له ، إلى غير ذلـك مـن القرائن ، فلا تجوز إثارة الجدل فى هذا الشأن أمام محكمة النقض مادام ما قالته من كل ذلك يؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١٢/١٦)

راجـع أيضـا الدكـتور أنـور سلطان شرح العقود المسماة فى البيع والمقايضـة الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ٣٦ وما بعدها – والدكتور جلال العدوى عقد البيع ١٩٨٨ ص ٣٢ .

٤ـ الالتصــاق

الالتصاق بالعقار :

مــادة (٩١٨)

الأراضــى التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين .

الشـــرح

١٢٩ـ المقصود بالالتصاق :

الالتصاق (accession) هو اتحاد أو اندماج شيئين متميزين أحدهمــا عــن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين اندماجا ماديا دون اتفاق المالكين على هذا الاندماج .

والالتصـــاق سبب من أسباب كسب الملكية ، إذ يترتب عليه أن يكســب مالك الشئ الأصلى ملكية الشئ الذى التصق به ، وذلك فى الحالات التى لاينزع فيها هذا الأخير [١].

والالتصاق قد يكون طبيعيا أى بفعل الطبيعة ، فهو يحدث بفعل الطبــيعة ودون تدخل من الإنسان سواء أكان هو المالك أو سواه ، وتلــك حالة زيادة مساحة الأراضى المجاورة لمجارى المياه نتيجة لما تحمله هذه المياه من طمى يلتصق بتلك الأراضى .

---

(١) السنهورى ص ٣٢٧ ومابعدها- عبد المنعم الصده ص ٣٦٣ .

- **وقد يكون الالتصاق صناعيا** (accession artificielle) وهو ما يحدث بفعل الإنسان سواء أكان مالك الأصل أو غيره .

ويقسم بعض الفقهاء الالتصاق إلى ثلاثة أنواع :

١- التصاق عقار بعقار: وهو لا يتحقق إلا فى صورة الالتصاق الطبيعى الناشئ عن طمى النهر ، إذ يلتصق الطمى بالأراضى المجاورة .

وأساس ذلك أن الطمى قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة قد تحول من عقار إلى منقول تم التصق بالأرض فأصبح عقارا بطبيعته (١).

٢- التصاق منقول بعقار : وهو إحدى صورتى الالتصاق الصناعى، ويكون بالبناء أو الغراس أو بإقامة أعمال إنشائية على الأرض . والمنقول الذى يلتصق هكذا بالعقار يصبح بعد الالتصاق عقارا بطبيعته .

---

(١) عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٨ ص ٤٣- محمد على عرفه ص ٤٩ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٣٠٣ - وعكس ذلك السنهورى ص ٣٢٩ هامش (٢) - منصور مصطفى منصور ص ٣٨١ هامش (١) - محمود جمال الدين زكى ص ٣٣٦- ويبرر الدكتور السنهورى رأيه بقوله إن حالة التصاق الطمى بالأرض المجاورة لاتعدو أن تكون حالة التصاق منقول بعقار ، فالطمى قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو فى حالة تراكمه قد تحول من عقار إلى منقول ، ثم التصق بالأرض فأصبح عقارا بطبيعته ، شأنه فى ذلك شأن مواد البناء كانت منقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقارا .

٣- التصـــاق مـــنقول بمنقول : ويكون ذلك إذا اتحد منقولان مملوكـــان لشخصين مختلفين بدون اتفاق بينهما بشكل يستحيل معه الفصل أو يترتب عليه تلف ، وصورته امتزاج السوائل .

ولايعتـــبر الشـــئ الذى التصق من ملحقات الشئ الأصلى [١].

ولـــيس صحيحا أن يقال إن حق مالك الشئ الأصلى يمتد إلى الشئ الذى التصق به باعتباره من الملحقات . ذلك أن الشئ الذى التصق لـــم يكـــن مملوكا من قبل لمالك الشئ الأصلى، وإنما يكسب المالك ملكيته بمقتضى واقعة الالتصاق . ومن هنا كان الالتصاق سببا من أسباب كسب الملكية .

ولمـــا كـــان الشيئان باندماجهما أو اتحادهما على أثر الالتصاق يصـــبحان شـــيئا جديدا تغلب عليه صفة الشئ الأصلى إذ أن الفرع يتبع الأصل، فإن الحقوق التى تكون قد تقررت على الشئ الأصلى، كالانـــتفاع والرهن والارتفاق تشمل أيضا الشئ الذى التصق به[٢] كمـــا يمـــتد إلـــيه أيضا ملكية الحائز الذى يكسب الأرض الأصلية بالتقادم ، حتى ولو لم يكن قد أمضى المدة اللازمة لاكتساب الزيادة منفصلة بالتقادم [٣].

---

(١) عـــبد المنعم الصده ص ٣٦٤- منصور مصطفى منصور ص ٢٨٢- نبيل سعد ص ٣٠١ - جميل الشرقاوى ص ٢٥٦.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٣٦٤ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٦ ومابعدها.

(٣) محمود جمال الدين زكى ص ٣٢٩ .

١٣٠ـ شــروط الالتصــاق :

يفترض الالتصاق توافر الشروط الآتية :

١- أن يوجـد شـيئان ماديــان متميزان : ولذلك لايوجد هناك التصــاق حيـث يجرى على شئ تحسين أو إصلاح ، وإنما تطبق حينئذ القــواعد الخاصة بالمصروفات المنصوص عليها فى المواد (٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢) مـن المجموعــة المدنية. ولايهم بعد ذلك أن يكون الشيئان الملتصقان منقولين أو عقارين .

٢- أن يكــون أحــد الشــيئين أكبر أهمية من الآخر : ذلك أن الالتصـــاق يفترض وجود شئ أصلى وشئ تابع . وتثور الصعوبة فــى تحديد أى الشيئين يعتبر أصلا وأيهما يعتبر تابعا . قد يقال إن الأصل هو أكبر الشيئين قيمة . ولكن هذا القول يتعارض مع اعتبار الأرض دائمـا هــى الأصل والبناء هو التابع ولوزادت قيمته على قــيمة الأرض. ولذلك يبدو أن الأصل هو مالا يتصور وجود الشئ التابع بدونه [1].

أما فى صورة الالتصاق بالمنقول وهى صورة نادرة ، فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حــدث ، وحالة الطرفين وحسن نيــة كل منهما (أنظر شرح المادة ٩٣١) .

---

(١) الســنهورى ص ٣٢٩ ومــا بعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٤٤ - الدكتور رمضان أبو السعود الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ٢٠٠١ ص ٢٠٣ .

٣- أن يتحد الشيئان ماديا بشكل يتعذر معه الفصل بينهما بدون تلف أو يستحيل ، فمثلا الكنز المدفون فى الأرض لايعتبر ملتصقا بها ، إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منهما . وإذا كان صاحب الأرض يتملك الكنز فى القانون المصرى ، فإنه لايتملكه بسبب الالتصاق ولكن بحكم القانون .

٤- أن يكون الشيئان مملوكين لمالكين مختلفين ، فالالتصاق يفترض اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين بدون رضاء أحد المالكين أو كليهما .

٥- أن يتم الالتصاق دون اتفاق بين الملاك أو على الأقل دون موافقة أحدهما ، إذ لو كان هناك اتفاق بين الملاك وجب تطبيق هذا الاتفاق . ومثال ذلك أن يتفق المؤجر والمستأجر على إعطاء هذا الأخير الحق فى البناء فى الأرض المؤجرة ، على أن يكون البناء مملوكا للمستأجر طوال مدة الإيجار وأن يكون له هدم ما بنى عند نهاية المدة المحددة للإيجار [1].

---

(١) السنهورى ص ٣٢٨ – محمد لبيب شنب ص ٥٧- محمد على عمران ص٦٩ ويشير سيادته بهامش (٢) إلى حكم صادر من المحكمة العليا فى ليبيا فى الطعن رقم ١٧/١٦ ق مدنى بجلسة ١٩٧١/٣/٢ جاء فيه :
" إن أحكام الالتصاق لاتكون منطبقة إذا كان بين الطرفين علاقة تعاقدية وتكون أحكام هذا التعاقد هى واجبة الطبيق وحدها دون سواها ولايصار إلى غيرها " .

١٣١ـ ملكية الأراضى التى تتكون من طمى النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة :

تقضى المادة (٩١٨) بأن الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين، فالزيادة التدريجية غير المحسوسة التى تتكون مما يرسبه النهر من طمى على جانب الأراضى الواقعة على ضفته تكون ملكا لأصحاب هذه الأراضى ، بمعنى أن ملكيتهم تمتد إليها .

ويشترط لتطبيق حكم النص ما يأتى :

١- أن تكون الزيادة الناتجة من الطمى قد أحدثها النهر . فلا يتكون الطمى فى المصارف العامة ، لأن وجوب تطهيرها يمتنع معه تكون الطمى، ولأن جسورها تدخل فى الملك العام [(١)].

كما لايعتبر من قبيل الطمى الأراضى التى ينكشف عنها البحر، ولاتلك التى تتكشف عنها البحيرات والمستنقعات . بل إن أراضى البحر تعتبر من الأموال العامة التى لايجوز تملكها ، وتعتبر أراضى البحيرات والمستنقعات ملكا للدولة ولأصحابها ، بحسب ما إذا كانت مملوكة للدولة أو للأفراد[(٢)] كما سنرى .

---

(١) محمد كامل مرسى جـ٣ ص ٦٦ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٥١ .

٢- أن تكون الزيادة الناشئة من الطمى زيادة تدريجية وتكونت بشكل غير محسوس ، أى أنها نشأت من الترسيب التدريجى المتكون عاما بعد عام خلال مدة طويلة .

أما إذا حول النهر فجأة بفعل قوة الفيضان غير العادى أرضا من مكانها إلى مكان آخر ، فليس هذا هو تراكم الطمى التدريجى غير المحسوس ، وإنما هو طرح النهر ، ولا تكون الأرض المنتزعة ملكا للملاك المجاورين بطريق الالتصاق ، وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة كما سنرى .

غير أن اشتراط تكون الجزء الزائد تدريجيا لا يعنى أنه يجب أن يظهر تدريجيا كذلك ، فقد يظهر فجأة بعد أن يكون قد تكون تدريجيا تحت منسوب المياه ، ثم انكشفت عنه المياه دفعة واحدة ، وفى هذه الحالة يتوافر الشرط المطلوب [1].

٣- أن تكون هذه الزيادة قد حصلت بفعل الطبيعة ودون تدخل من الإنسان . أما إذا حصلت بتدخل من الإنسان وبقصد تجميع الطمى كان هذا اعتداء من صاحب الأرض على مجرى النيل وكانت الزيادة من حق الدولة . كما لو وضع المالك بجوار أرضه أخشابا أو أحجارا تساعد على ترسيب الطمى .

---

(١) محمد كامل مرسى جـ٣ ص ٦٨- محمد على عرفه ص ٥١ - عبد المنعم الصده ص ٣٦٥ وما بعدها .

أمـــا إذا كان قد وضع هذه الأخشاب أو الأحجار بترخيص من السـلطة المختصـــة لحماية أرضه من خطر الفيضانات فإن الزيادة التى تتكون نتيجة لذلك تكون له [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٦٠ من القانون المدنى القديم- والتى تقابل المادة ٩١٨ من القانون المدنى الحالى – لاتشترط لتملك مالك الأرض التى على ســاحل الـــنهر الزيادة التى يضيفها إليها طمى النهر أن تكون هذه الــزيادة من فعل الطبيعة وحدها وإنما يكفى أن تكون زيادة طبيعية أى تكونت بطريقة تدريجية غير محسوسة وإن ساهم الإنسان بفعله فى تكوينها مادام هذا الفعل لايعد فى ذاته اعتداء على مجرى النهر أو علـــى حقوق المنتفعين من مياهه ولم يقصد به إلا حماية أرضه مـــن غوائـــل الفيضـــان لاترســـيب ما علق من الطمى بمياه النهر بالإســـراع فى تكوين أرض منه ولايؤثر فى حق الطاعن فى تملك الزيادة التى يضيفها طمى النهر بطريق الالتصاق الطبيعى لأرضه أن يكـــون قـــد استأجرها خشية أن تضيع عليه ثمرة جهده وماله أو

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٦٦ – محمد كامل مرسى ص ٦٧ ومابعدها .

اعــتقادا مــنه أنــه يستأجر ملك غيره ، لأن استئجار الإنسان عينا مملوكة له لايسقط حقه فى ملكيتها ".

(طعن رقم ٦٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٥)

٤- أن تظهــر الزيادة فى الأرض فوق أعلى منسوب لمجرى النهر فى وقت الفيضان العادى . أما الأراضى التى تظهر تحت هذا المنسوب فهى معتبرة جزءا من مجرى النهر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " إذا كــان الثابــت مــن تقرير خبير الدعوى أن أجزاء الأرض المتنازع على وضع اليد عليها بعضها جسر ترعة عمومية (بحــر يوســف) وبعضها من مجراه ، وأن هذه الأجزاء إن كانت أصبحت فيما بعد متصلة بملك المدعين فذلك لأنهم أوصلوها به بعد أعمــال المســاحة، فإن وصف هذه الأجزاء بأنها حادثة من طمى النهر وخاضعة لحكم المادة ٦٠ من القانون المدنى هو وصف غير صحيح . والتكييف الصحيح لهذه الأجزاء هو أنها من المنافع العامة التى لايجوز تملكها بوضع اليد ، وإذن تكون دعوى وضع اليد على هذه الأرض غير مقبولة قانونا " .

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٥/١٤)

(ب)- " إذا كانت دعوى المطعون عليهن بطلب تثبيت ملكيتهن لــلأرض الملتصــقة بأطيانهن مؤسسة على أن هذا الالتصاق كان

نتــيجة لطمـــى جلبه نهر النيل مما يلقى على عاتقهن عبء إثبات توافر شروط التملك فى هذا النوع من الالتصاق على النحو الوارد بدعواهــن وهى الشروط المستفادة من نص المادة ٦٠ من القانون المدنـــى القديــم ، ومن بينها أن يتكون الطمى بصفة نهائية وتكون الأرض الملتصـــقة نتيجة للطمى قد بلغت من الارتفاع حدا يجاوز منســوب ارتفاع المياه فى وقت الفيضان العادى ، وكان لايبين من أسباب الحكم المطعون فيه أنه اعتد بهذا الشرط فى قضائه للمطعون عليهــن بملكية جميع الأرض التى أوردها الخبير فى تقريره ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/١٢/١١)

٥- أن تكــون الزيادة متصلة بالأرض . أما لو كانت الأرض منفصـــلة عـــن الزيادة بطريق عام مثلا ، أو إذا كان الماء لايزال يجـــرى بيـــن الزيادة ولرض المالك . فى هذه الحالة تكون الزيادة للدولة [١].

وإذا كانـــت الأرض مؤجـــرة وحصـــلت الزيادة ، فقد اختلف الشـــراح فـــيما إذا كـــان حق المستأجر يمتد إلى الزيادة . والرأى المفضل هو أن حق المستأجر يمتد إليها ، بشرط أن يعوض المالك بنسبتها [٢].

---

(١) السنهورى ص ٣٣٩ – محمد لبيب شنب ص ٦٥.

(٢) محمد كامل مرسى ص ٧٢- السنهورى ص ٣٤١ هامش (١).

وهــذا الــرأى هــو الذى أخذت به محكمة النقض فى قضائها الصــادر بجلســة ١٩٦٩/٣/٢٥ فــى الطعن رقم ٦٨ لسنة ٣٥ ق (المنشور سلفا فى هذا البند) .

١٣٢ـ أحكام ملكية الطمى :

إذا توافــرت الشــروط الــتى ذكرناها بالبند السابق ، أصبحت الأرض الزائدة نتيجة للطمى ملكا لصاحب الأرض المجاورة .

ويكــون الطمى للمالك المجاور مهما كان تكون الساحل وطبيعة الأعمــال الحاصــلة مــن المالك بجواره ، فلا يهم إن كان الساحل مكونا من صخور واتصل الطمى بهذه الصخور، أو إذا كان للمالك المجاور أرض مسورة بحائط من جهة النهر .

وقــد يدق تطبيق الحكم فى حالة امتزاج ماء النهر وماء البحر عــند مصب النهر . ولكن هذا لايغير من تطبيق حكم الطمى. حتى إذا كان مد البحر قد سهل تكوينه . وإنما الصعوبة فى تعيين النقطة الــتى ينتهى عندها ساحل النهر فيبتدئ ساحل البحر . على أنه فيما يخــتص بالــبحر الأبــيض المتوسط فإن من المقرر فى فرنسا أن ساحله يشمل كل الأرض التى يغطيها أعلى أمواجه فى الشتاء [١].

(١) محمد كامل مرسى ص ٨٠ .

ويكســب المــالك المجــاور الطمى بقوة القانون بمجرد وجود الطمى من غير أى إجراء [١].

ولايلزم الملاك بدفع ثمة تعويض إلى الدولة [٢].

ويلاحــظ أنــه بمــا أن الدولة حرة فى إجراء أعمال التطهير بالأنهار ، فإنه يكون لها إذن أن تمنع الطمى الذى يكون فى طريق التكويــن . مــن غــير أن يكون للملاك المجاورين أن يرفعوا أية شــكوى. ولكن متى تم تكون الطمى فإنه لايعتبر من مجرى النهر، ولــيس للحكومة بإجراء أعمال التطهير أن توسع مجرى النهر وأن تتعدى على الأملاك المجاورة المزادة بالطمى ، إلا باتباع إجراءات نزع الملكية [٣].

وإذا كانــت الــزيادة التى تكونت من الطمى ملاصقة لأراضى مــلاك مختلفين فإن كل واحد منهم يتملك الجزء المقابل لأرضه أيا كانت مساحته . وهو الجزء الواقع بين خطين عموديين مقامين فى نهايتى كل أرض لجهة النهر .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٧٠ – محمد لبيب شنب ص ٦٦ – محمد على عرفه ص ٥١ .

(٢) السنهورى ص ٣٤٠ .

(٣) محمــد كــامل مرسى ص ٧٠– عبد المنعم الصده ص ٣٦٧– منصور مصطفى منصور ص ٢٨٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " والالتصاق بفعل مياه النهر، قد يكون من طريق طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة . فالأرض التى تتكون من الطمى تكون ملكا للملاك المجاورين" [١].

١٣٣- حكم الزيادة الناتجة عن الطمى :

الأراضى التى يستولى عليها المالك بطريق الالتصاق الناتج عن الطمى معتبرة تابعة للأرض التى تلتحق بها ، فيترتب على ذلك عدة نتائج .

١- إذا كانت الأرض الأصلية مرهونة أو محملة بامتياز ، لحق الرهن أو الامتياز الزيادة أيضا .

٢- إذ أوصى شخص لآخر بالأرض المجاورة للنهر شملت الأرض الطمى الحاصل بعد عمل الوصية .

٣- إذا كانت الأرض الأصلية فى يد شخص وتم له الملك بالتقادم ، وكانت الزيادة التى التصقت بهذه الأرض حصلت فى أثناء وضع يده ، فإن الزيادة تكون له فى نفس الوقت الذى تتم له فيه ملكية الأرض الأصلية ، ولو كانت الزيادة حصلت فى أواخر المدة ، أى ولو كانت المدة التى مضت على الزيادة لاتكفى لكسبها بالتقادم مستقلة عن الأرض .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٠٩ .

٤- إذا بيعــت الأرض تحــت شــرط واقف ، وبعد البيع وقبل تحقــق الشرط حصلت الزيادة ، فالزيادة للمشترى وليس للبائع أن يطلب منه زيادة الثمن .

٥- إذا كـــان البــيع مقترنا بشرط فاسخ ، وتحقق الشرط، أى انفســخ البيع ، وكانت الزيادة حصلت بعد البيع ، فإن الأرض تعود إلى البائع بالزيادة التى التصقت بها .

وليس للمشترى أن يطلب منه أى مقابل ، ولو أن الزيادة لم تكن موجودة وقت البيع .

٦- لا تلــتحق الزيادة بالأرض المبيعة إذا كانت موجودة وقت البيع ولم تذكر فى العقد أو إذا كان ذلك قصد المتعاقدين .

٧- إذا كـــان مقـــررا على الأرض الأصلية حق ارتفاق لمنفعة عقــار آخــر ، وزادت تلك الأرض بالالتصاق ، فإن حق الارتفاق يمــتد إلــى الزيادة ، كما إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور إلى النهر.

٨- إذا كـــان لأحـــد حق انتفاع على الأرض الأصلية فإنه يمتد إلى الزيادة التى تلتصق بها .

مادة (٩١٩)

١- الأرض التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة .

٢- ولايجوز التعدى على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر .

الشرح

١٣٤ـ ملكية الأراضى التى ينكشف عنها البحر :

لايسرى حكم الالتصاق على الأراضى التى ينكشف عنها البحر، فقد تحصل زيادة فى الأرض فى مساحة الأراضى المجاورة لساحل البحر بسبب انحسار مياه البحر عن بعض الأراضى ، فتكون هذه الأراضى ملكا للدولة .

فشواطئ البحر وإن كانت تعتبر من الأملاك العامة ، إلا أن الأراضى التى تتكون من طمى البحر والتى تنكشف عنها مياه البحر هى من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة فيجوز للدولة التصرف فيها[١] .

أما إذا طغت مياه البحر على الأراضى المجاورة لشواطئه فغمرتها بالمياه ، فإن ملاك هذه الأراضى المجاورة والمغمورة بالمياه، لايفقدون ملكيتها ، فإذا انكشفت عنها مياه البحر بعد ذلك

---

(١) السنهورى ص ٣٣٦- محمد كامل مرسى ص ٧٤وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣٤٢- رمضان أبو السعود ص ٢٠٧ .

عادت هذه الأراضى لملاكها ، لأن حرمان أصحاب هذه الأراضى منها كان بسبب قوة قاهرة .

كما يجوز لهؤلاء الملاك العمل على إعادة حدود أراضيهم التى طغى عليها البحر بمختلف الوسائل [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والالتصــاق بفعل مياه البحر يكون بانكشاف البحر عن أرض كان قد طغى عليها من قبل ، فترجع لصاحبها الذى كان يملكها قبل طغـيان الـبحر علـيها . أما إذا انكشف البحر عن أرض لم تكن مملوكة لأحد ، فإن هذه الأرض تكون ملكا للدولة ولايجوز لأحد أن يتعدى عليها " [٢].

١٣٥ـ عدم جواز التعدى على أرض البحر :

تــنص الفقرة الثانية ن المادة على أنه : ولايجوز التعدى على أرض الــبحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر .

---

(١) الســنهورى ص ٣٣٧ – محمــد على عرفه ص ٦١وما بعدها- جميل الشرقاوى ص ٢٦١- رمضان أبو السعود ص ٢٠٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٣٠٩ وما بعدها .

وهـــذا النص لايعدو أن يكون من قبيل تحصيل الحاصل، إذ أن حظـــر التعدى على شواطئ البحر نتيجة حتمية لكونها من الأموال العامة التى لايجوز وضع اليد عليها ولاتملكها بالتقادم [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وضـــع الـــيد علـــى الأموال العامة مهما طالت مدته لايكسب الملكية ما لم يقم بعد زوال صفة المال عنها . مثال بشأن وضع اليد على أرض طرح النهر " .

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١٧)

---

(١) محمد على عرفه ص ٦١ .

مــادة (٩٢٠)

مــلاك الأراضــى الملاصــقة للمــياه الراكدة كمياه البحيرات والــبرك، لايملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ولاتزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه .

الشــــرح

١٣٦ـ ملكية الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة :

الحكــم الوارد بالمادة مقتبس من المادة ٥٥٨ من القانون المدنى الفرنسى . ومؤداه أنه لا محل لتطبيق أحكام الطمى أو الطرح على المــياه الــراكدة لمــياه البحيرات والبرك نظرا لأنه لا مجال لهذه الظواهــر الطبيعــية فــيها إذ أن مياهها راكدة ومحبوسة فى نطاق معيــن. والغالــب أن تــتكون البحيرات بفعل الطبيعة ، أما البرك والمستنقعات فإنها تكون بفعل الإنسان .

وقــد يحصـــل أن تتأثر مياه البحيرات والبرك بفعل الفيضان ، فتفيض على الجانبين وتطغى على بعض الأراضى المجاورة لها . كماقد يحدث العكس فتنخفض مياهها وتنحسر عن شاطئيها فتتكشف أرض الضــفتين . ولكن هذا وذلك لا أثر له فى مجال الملكية. فإذا طغــت المياه على الأراضى المجاورة ، فإن ذلك لايؤدى إلى زوال ملكــية أصحاب هذه الأراضى ، إذ أن هذه ظاهرة مؤقتة لاتلبث أن

تـزول بـزوال سببها [١]. بل إن من حق ملاك هذه الأراضى أن يطالبوا الدولة أو الأفراد إن كانت البركة مملوكة ملكية خاصة ، بالتعويض عما يلحقهم من ضرر بشرط أن يثبت أن فيضان المياه ترتب على خطأ ثابت ، كما إذا كان ناتجا عن عدم التطهير وتراكم الطمى فى قاع البحيرة أو البركة مما أدى إلى ضيق مجراها، أو إذا لـم تـتخذ الاحتياطات الفنية الكفيلة بتسرب المياه الفائضة فى ملك المالك لا فى الأراضى المجاورة [٢].

أمـا إذا انكشفت مياه البحيرات أو البرك عن أرض فإنها تكون ملكـا للدولـة إذا كانـت هذه البحيرات أو البرك مملوكة للدولة – كالشـأن فى مياه البحار– أو تكون ملكا لأصحابها إذا مملوكة لأحد الأفراد [٣].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

" والالتصـاق بفعـل المـياه الراكدة كالبحيرات والبرك يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع

---

(١) محمد على عرفه ص ٦٠ – السنهورى ص ٣٣٧ – عبد المنعم الصده ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٦٠ .

(٣) السنهورى ص ٣٣٧ – نبيل إبراهيم سعد ص ٣٠٤ – منصور مصطفى منصور ص ٢٨٦ وما بعدها .

لصاحبها . أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فإن هذه الأرض تكون ملكا للدولة. فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر"[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣١٠ .

مـــادة (٩٢١)

الأراضـــى الـــتى يحولهـــا النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، والجزائـــر الـــتى تتكون فى مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها .

الشـــرح

١٣٧ـ طرح النهر وأكله :

طرح النهر هو أجزاء من الأرض المجاورة له تنقلها مياه النهر بقوة اندفاعها خصوصا فى فترة فيضانه ، فتجرفها من حافة مجراه فـــى مكان لتلقى بها على هذه الحافة فى مكان آخر فى نفس الضفة أو الضفة المقابلة ، وقد يكون الطمى فى وسط مجراه جزرا ترتفع عـــن أعلـــى منســـوب المياه ، فتظهر أرضا في وسط الماء الذى يحـــيطها مـــن جمـــيع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويـــل الـــنهر أرضا من مكانها والقذف بها فى وسط المجرى ، فـــتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا فى مجرى النهر . وهذه العملـــيات جميعا تتضمن ظهور أراض جديد فى مكان لم تكن فيه، وهذا ما يسمى بطرح النهر . والملاحظ أن ذلك يتم بسرعة لاببطء وبالتدريج كما هى الحال فى طمى النهر .

أما أكل النهر ، فالمقصود به الأراضى التى تختفى عن المكان الذى كانت فيه قبل اندفاع مياه النهر بقوة [١].

١٣٨ـ خضوع ملكية طرح النهر للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ :

رأينا أن المادة (٩٢١) تقضى بأن الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التى تتكون فى مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها .

وينظم أحكام طرح النهر وأكله الآن ، القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (المعدل) بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها [٢].

وأشارت المادة (٢- أ) من قانون إصدار هذا القانون إلى أن أراضى طرح النهر من الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة.

---

(١) السنهورى ص ٣٤١ وما بعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣٣٩ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ٢٦٠ .

(٢) التشريعات السابقة على هذا القانون :

١- اللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية) .

٢- القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ .

٣- القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ .

٤- القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ .

٥- القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٨ .

وحددتهـــا بأنهـــا الأراضى " الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعية التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فــى مجــراه " ، وقد حددت المادة (١) من القانون أن طرح النهر يكون من الأملاك الخاصة للدولة .

والنصـــان السابقان لايخلان بطبيعة الحال بحكم المواد ٩١٨-٩٢٠ مدنى [١].

١٣٩ـ تنظيم حصر طرح النهر وأكله :

تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكلـــه فى كل سنة وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإداريـــة المختصة بوزارة الخزانة والمحافظات ويصدر قرار من وزيـــر الإصـــلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أو من ينيبه بتحديد تـــاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا ويودع هذا القـــرار مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم . ويترتب على هـــذا الإيداع آثار الشهر القانونية وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات الحصر والمساحة (م١١/١، ٢) .

وقـــد قصد من الأحكام السابقة تبسيط الإجراءات وتيسيرها من ناحـــية ، وذلـــك باتخاذ القرار الوزارى الذى يصدر بتحديد تاريخ حـــدوث طـــرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا بعد إتمام أعمال

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

الحصـــر والمســـاحة المشار إليها – أساسا وسندا لملكية الدولة لما يستجد من طرح النهر الذى يتضمن ذلك القرار حصر مقداره ، مع تقريـــر شـــهر هـــذا السند بطريق الإيداع وهو طريق من الطرق المقررة قانونًا للشهر العقارى وقد سبق للمشرع الأخذ به فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة .

ومـــن ناحـــية أخـــرى – فقد قصد بهذه الأحكام أيضا أن يتخذ القرار الوزارى الذى يصدر بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا على النحو المتقدم– أساسا لإثبات واقعة هلاك العقـــارات التى تكون محلا لأكل النهر ، وسندا رسميا يتم بموجب تعديل المكلفات والتأشير فى سجلات المساحة والشهر العقارى ... الخ ، وذلك تأسيسا على أن أكل النهر هو واقعة مادية يترتب عليها زوال ملكـــية عقار أو جزء من عقار نتيجة جرف النهر له وهلاكه تبعا لذلك هلاكا كليا (١).

وقـــد نصت المادة (١٢) على أن يشمل زمام القرية أو المدينة بالنســـبة إلـــى مـــا يستجد من طرح النهر وأكله فى تطبيق أحكام القـــانون المســـاحة المحصـــورة بين شاطئ النهر ومحوره بحسب طبيعـــته وبيـــن خطين عموديين يبدأن من شاطئ النهر عند التقائه

---

(١) المذكـــرة الإيضـــاحية للقـــانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ – راجع أيضا الدكـــتور أحمد سلامه القانون الزراعى الطبعة الأولى سنة ١٩٧٠ ص ٤٢ وما بعدها .

بحـــدى الزمام المرسومين على خرائط المساحة وينتهيان عند ذلك المحور .

وقـــد تضمنت هذه المادة بيان حدود زمام القرى والمدن بالنسبة لمـــا يستجد فيها من طرح النهر وأكله، لاختلاف طبيعة هذا الزمام ومعايير تحديده عن طبيعة الزمام فى الأراضى الزراعية وضوابط تحديده .

١٤٠ـ تخصيص طرح النهر ببعض الأماكن :

لوزيـــر الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يصدر قرارا بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسى المعادى المقررة أو بمواقع المـــوارد أو اللازم لمشروع عام لمنفعة تلك المراسى أو الموارد أو هذا المشروع العام بناء على طلب الوزارة المختصة .

وإذا أبطل المرسى أو المورد أو المشروع العام جاز التصرف فى هذا الطرح طبقا لأحكام القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م١٣).

١٤١ـ التعويض عن أكل النهـــر :

تلـــتزم الهيـــئة العامـــة للإصلاح الزراعى نيابة عن الحكومة بـــتعويض أكـــل الـــنهر الـــذى يتم حصره بما يعادل خمسين مثل الضـــريبة العقاريـــة المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقـــت حدوثـــه ، فإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقـــت حـــدوث الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل

فـيكون تقديـر التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقـت الأكل على حياض أراضى الجزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقع فى زمامها الأكل (م١/٤) .

ومفـاد مـا ورد بالمذكـرة الإيضـاحية أن الدولة تضمن فعل الطبـيعة ، ومن ثم إذا جار النهر على أرض وأكلها التزمت الدولة بالـتعويض عـن هذا الفعل بدفع قيمة ما أكل محسوبة على أسس معينة .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ما يأتى :

" ... فإنـه لايسـتقيم القـول بأن الحكومة تشترى الديون التى يلزمها القانون بها ، وإنما الصحيح أن يقال إنها توفى بهذه الديون. كمـا أنه لايسوغ القول بأن التعويض الذى تؤديه الحكومة هو ثمن لشـراء حـق تعويض أكل النهر ، وإنما الصحيح أن يقال أن ذلك التعويض هو محل هذا الحق " [1].

---

(١) كما أوردت المذكرة الأيضاحية قبل ذلك ما يأتى .

"ورغـبة فى إزالة ما كان يشوب القانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧ و ١٩٢ لسـنة ١٩٥٨ فـى شأن طرح النهر وأكله – من أوجه التناقض بالنسبة إلى تحديد الطبيعة القانونية لتعويض أكل النهر. وتكييف العلاقة بين الحكومة وأصحاب أكل النهر، والتى كان مردها أن القانون رقم ٧٣ لسـنة ١٩٥٣ الخـاص بطرح النهر وأكله كان يقضى بتوزيع أراضى طرح النهر على أصحاب أكل النهر كتعويض عينى لهم عما يفقدونه من

أكــل ثــم تبين للحكومة أن بعض المستغلين من كبار الملاك وأصحاب رؤوس الأمــوال قد أقبلوا في ظل القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه- على شراء أكل النهر بثمن بخس من صغار الملاك- من أصحاب الأكــل المستحقين لأراضى طرح النهر ، أو ممن يعجز منهم عن تسلم حقه فى الطرح الذى يحدث فى بلاد بعيدة عن موطنه فى بلدته الأصلية .

كمــا أن زراع طــرح النهر أخذوا يضجون بالشكوى من تسليم الطرح الــذى يضعون أيديهم عليه ويقومون بزراعته - إلى أصحاب أكل النهر الحادث فى مواقع وبلاد بعيدة . أو إلى التنازل إليهم عنه .

وإثر ذلك عمدت الحكومة إلى تعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٧ الذى قضى بتخصيص طــرح الــنهر الذى يظهر فى موقع معين لتعويض أصحاب أكل النهر الحــادث فى ذلك الموقع بمقدار ما فقدوه من أكل . ثم ألغى القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ بأكمله واستبدل به القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ الذى اســتحدث مــبدأ العدول عن توزيع أراضى طرح النهر كتعويض عينى يقتضــيه أصــحاب أكــل الــنهر ، وقضى بتقرير تعويض نقدى تؤديه الحكومــة إلــيهم ، كما قضى بتعديل قواعد التصرف فى أراضى طرح الــنهر بحيــث يجرى توزيعها على صغار الفلاحين وفقا لقواعد تشابه قواعد التوزيع المتبعة في الإصلاح الزراعي .

وبعــد إلغاء القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه ، استمر تضمين هــذه الأحكام التي استحدثها ــ في القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ الذي استبدل به .

إلا أنه رغما عن تلك التعديلات فإنه كلا من القانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧ و ١٩٢ لســنة ١٩٥٨ المشــار إليهما ــ فقد جري علي تكييف

العلاقـــة بين الحكومة وأصحاب أكل النهر باعتبارها بيعا وشراء . بيعا مـــن أصحاب أكل النهر لحقهم فى التعويض . وشراء من الحكومة لهذا الحـــق . كمـــا جرى على وصف التعويض النقدى الذى تؤديه الحكومة إلـــى أصحاب أكل النهر – بأنه " ثمن " شراء حق تعويض أكل النهر . ولم يكن هذا الوصف وذاك التكييف إلا أثرين من الآثار التى تخلفت عن غير قصد – عن النظام القديم الذى كان قائما على التعويض العينى عن أكل النهر بأراضى- من طرح النهر وفقا للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ وهـــو نظام كان يمكن فى ظله تكييف العلاقة بين الحكومة مالكة طرح النهر ، وبين أصحاب أكل النهر الذين توزع عليهم أراضى الطرح بأنها بـــيع مـــن الحكومـــة لأراضى الطرح إلى أصحاب الأكل الذين يعدون مشترين فى هذه الحالة .

أمـــا بعد أن عدل المشروع عن ذلك النظام فى القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ثم فى القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ المشار إليهما – واتجه إلى أن يســـتبدل به نظاما جديدا مغايرا يقوم أساسا على الفصل بين تعويض أكل النهر وبين توزيع أراضى طرح النهر، ويقضى بقصر حق أصحاب الأكـــل علـــى مجـــرد تعويض نقدى تؤديه الحكومة إليهم ، كما يقضى بتخصيص أراضى الطرح للتوزيع على صغار الفلاحين " .

ويرى البعض أن ذلك أمر غير سائغ وغير مقبول. ولايقلل من عدم قبوله أن الدولة هنا تلتزم مراعاة للاعتبارات المتعلقـــة بالتضامن الاجتماعى، لأنه حينئذ يكون مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة أو نص القانون لا الفعـــل الضار الناتج عن جريان النهر . ولايصح القول بأن الدولة تلتزم لأنها أثرت بغير سبب على أساس أن طرح النهر قد أدى إلى أن تمتلك أرضا . ذلك أنها إذ تمتلك الطرح فإن سبب التملك هنا هو نص القانون

١٤٢ـ بطلان التصرف فى حق التعويض :

تنص الفقرة الثانية من المادة (١٤) على أنه :

" ولايجــوز التصـــرف فى حق التعويض عن أكل النهر ويقع بـــاطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم "- وقد عللت المذكرة الإيضـــاحية للقانون هذا البطلان بقولها : " وحماية لصغار الملاك مـــن أصـــحاب أكـــل النهر من الاستغلال . وعملا على استقرار الحقـــوق لأربابهـــا ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤) على حظـــر التصـــرف فى حق التعويض عن أكل النهر سواء بالنزول عـــنه أو بحوالته إلى الغير ... إلخ - وقضت ببطلان كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم " .

وواضـــح من النص أن حظر التصرف فى حق التعويض جاء عاما . ونرى أن العلة التى استندت إليها المذكرة الإيضاحية فى هذا

كما أنه ليس هناك ما يثبت أن الطرح قد أتى نتيجة الأكل بل إن الطرح يتكون من الطمى الذى يحمله النهر ويأتى به من بعيد ولذلك فإن المبلغ الـــذى تدفعه الدولة لايعتبر تعويضا بالمعنى الدقيق وإلا لكان جزاء على خطـــأولا مرتـــبط بالقيمة الفعلية للضرر . وإنما هو مبلغ من المال يلزم القـــانون الدولة بدفعه مراعاة للتكافل الاجتماعى . وينبنى على ذلك أن القـــانون هـــو الذى يحدد مقدارما يدفع لصاحب الأكل دون أن يسمع أى اعـــتراض مـــن جانب هذا الأخير. والقول بأن الدولة تفى بالتزام معناه إجـــبارها علـــى الوفـــاء وإلزامها بالفوائـــد وهذا أمـــر غير ممكـــن . (أحمد سلامه ص ٤٦ الهامش) .

الحظـــر غـــير قائمة ، لأن التعويض طبقا للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يصرف نقدا إلى صاحب أكل النهر ، ومن ثم لايستطيع أن يـــتعرض لأى عملـــية بـــيع ، ولامحل على الإطلاق لوجود شبهة اســـتغلال . وهـــذا ما دعا البعض – بحق– إلى قصر الحظر على التصرف الذى ينقل الحق كبيعه أو النزول عنه أو حوالته . ولايمتد إلى مطلق معنى التصرف القانونى، كالوكالة فى المطالبة بالتعويض سواء كانت إلى قريب أو غير قريب [١].

١٤٣ـ حـق التعويض الذى سبق شراؤه بعقد مسجل بعد العمل بالقانون ٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بطرح النهر وأكله :

مـــع عـــدم الإخلال بالقرارات النهائية الصادرة قبل العمل بهذا القـــانون مـــن اللجان المشكلة وفقا لحكم المادة (٧) من القانون رقم ١٩٢ لســـنة ١٩٥٨ المشار إليه إذا كان حق تعويض أكل النهر قد سبق شراؤه بعقد مسجل بعد العمل بالقانون٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بطـــرح الـــنهر وأكله فيكون التعويض الذى تؤديه الحكومة معادلا للثمن المحدد فى العقد المسجل مضافا إليه رسوم الشهر وعشرة فى المائـــة مـــن جملة هذا الثمن بشرط ألا يجاوز مجموع ذلك خمسين مـــثل الضـــريبة العقارية وفقا لحكم الفقرة السابقة وإلا اقتصر على خمسين مثلا (م١٤/٣) .

---

(١) أحمد سلامه ص ٥٣ .

وقـــد حدا الشارع إلى هذا الحكم أن المادة (٧) من القانون رقم ١٩٢ لســـنة ١٩٥٨ فـــى شـــأن طرح النهر وأكله كانت تنص فى فقـــرتها الثالـــثة علـــى أنه إذا كان حق تعويض أكل النهر قد سبق شـــراؤه بعـــد العمـــل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ (وقت أن كان الـــتعويض عينـــيا) بعقـــد مسجل فيكون الثمن الذى تؤديه الحكومة معـــادلا لثمـــن الشراء الحقيقى والمصروفات القانونية حسبما تقدره لجـــنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الإصلاح الزراعى ، بشرط ألا يجاوز الثمن والمصروفات خمسين مثلا للضريبة .

وكانـــت هـــذه المـــادة تعـــالج حالات سابقة على التعديل الذى اســـتحدثه القـــانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ . ويتضمن إسناد تقرير ثمـــن شراء حق تعويض أكل النهر الذى تم قبل ذلك بموجب عقود مشـــهرة إلى اللجنة المشار إليها فى تلك المادة . الأمر الذى يؤدى إلـــى إطالـــة الإجـــراءات وتأخـــير إقتصاء ذوى الشأن لحقهم فى التعويض .

ومـــن ثم فإن نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ أدى إلى درء العيوب التى كانت تشوب الأحكام الواردة فى المادة (٧) من القانون رقـــم ١٩٢ لســـنة ١٩٥٨ المشـــار إلـــيه والعدول عن إسناد تقدير الـــتعويض الذى تؤديه الحكومة فى الحالات المنصوص عليها فيه إلـــى اللجـــنة المشـــكلة وفقا لحكم الفقرة (٣) من المادة (٧) سالفة

الذكـــر، والاكـــتفاء فـــى ذلـــك بوضع معايير محددة وثابتة لتقدير الـــتعويض المستحق للمشترين لحق تعويض أكل النهر فى الحالات المشار إليها وفقا لقواعد عادلة [١].

١٤٤ـ الـتوزيعات الـتى تمـت وفقا لأحكام القانون رقم ٧٣ لســنة ١٩٥٣ وأقــر القــانون رقــم ١٠٠ لســنة ١٩٦٤ اعتمادها أو أوجبه :

طرح النهر الذى تم توزيعه ابتدائيا وفقا لأحكام القانون رقم ٧٣ لســنة ١٩٥٣ ولــم يــتم اعتماده بقرار من الوزير المختص يكون واجــب الاعــتماد بقــرار من وزير الاصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وذلك فى الحالات الآتية :

(أ) إذا كـــان الطرح قد وزع على مستحقيه الأصليين مقابل أكل نهر كانوا يمتلكونه قبل العمل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ وحدث الأكـــل في ملكيتهم بعد العمل بالقانون المشار إليه ولم يتصرفوا فيه إلى الغير .

(ب) إذا كانت ملكية الأكل قد آلت إلى الموزع عليه طرح النهر قبل العمل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ .

(ج) إذا كانت ملكية الأكل قد آلت إلى الموزع عليه طرح النهر بعد العمل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ بغير طريق التعاقد .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون .

فــإذا كــان التوزيع قد تم إلى أصحاب وكالة حصلوا عليها بعد العمــل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه فلا تعتمد منه إلا الحــالات الــتى تكون الوكالة فيها صادرة إلى أقارب لغاية الدرجة الرابعة .

وإذا كــان الأكل قد حدث فى تكليف ورثة متعددين وتم توزيع الطرح المستحق عن هذا التكليف ابتدائيا إلى أحد الورثة أو بعضهم ولم يلغ هذا التوزيع بعد العمل بالقانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧، ١٩٢ لســنة ١٩٥٨ فى شأن طرح النهر وأكله فيعتمد هذا التوزيع بالنســبة إلــى أنصــبة سائر الورثة متى أقر هؤلاء بموافقتهم عليه بإقــرارات مصدق على توقيعاتهم عليها طبقا للقواعد والإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية وذلك خلال موعد أقصاه آخر ديسمبر سنة ١٩٦٩ وإلا ألغى التوزيع بالنسبة إلى أنصبة من لايوافق عليه مــن الورثة ويعفى ذوو الشأن من تقديم هذه الإقرارات ومن تقديم الاعلامــات الشــرعية المثبتة ولورثتهم إذا لم يجاوز ما تم توزيعه علــى كل منهم من الطرح نصف فدان ، لقاء الأكل الذى حدث فى تكلــيفهم المشترك وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد والإجراءات التى تتبع فى هذه الحالة لاعتماد التوزيع النهائى[1] .

---

(١) معدلة بالقانون ٣٦ لسنة ١٩٦٧ .

فـــإذا كان التوزيع قد تم إلى وكيل عن الورثة فلا يعتمد منه إلا مـــا يكـــون قد تم بالنسبة إلى الورثة الذين لاتتعدى قرابتهم للوكيل حـــدود الدرجـــة الرابعة وبشرط ألا يكون هذا التوزيع قد ألغى بعد تاريخ العمل بالقانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧، ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ المشار إليهما (م٧٢) .

وقـــد أوردت المذكـــرة الإيضاحية للقانون تبريرا لهـــذا النص ما يأتى :

" وأوردت المـــادة (٧٢) الأحكام الخاصة بتصفية الحالات التى تـــم فـــيها توزيـــع بعض أراضى طرح النهر توزيعاً ابتدائياً طبقا لأحكـــام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بطرح النهر وأكله، ولم يتم اعتماد ذلك التوزيع اعتمادا نهائيا حتى الآن .

وقـــد سبق أن أوضحنا فى هذه المذكرة الإيضاحية- أن القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بطرح النهر وأكله كان يقضى بتوزيع أراضـــى طرح النهر على أصحاب أكل النهر كتعويض عينى لهم عمـــا يفقدونـــه من أكل . ثم تبين للحكومة أن بعض المستغلين من كبار الملاك وأصحاب رؤوس الأموال قد أقبلوا فى ظل ذلك القانون علـــى شراء أكل النهر بثمن بخس من صغار الملاك- من أصحاب الأكـــل المســـتحقين لأراضى طرح النهر، أو ممن يعجز منهم عن تسلم حقه فى الطرح الذى يحدث فى بلاد بعيدة عن موطنه فى بلدته

الأصلية . كما أن زراع طرح النهر أخذوا يضجون بالشكوى من تسليم الطرح الذى يضعون أيديهم عليه ويقومون بزراعته – إلى أصحاب أكل النهر الحادث فى مواقع وبلاد بعيدة أو إلى المتنازل إليهم عنه .

وإثر ذلك عمدت الحكومة إلى تعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٧ الذى قضى بتخصيص طرح النهر الذى يظهر فى موقع معين لتعويض أصحاب أكل النهر الحادث فى ذلك الموقع بمقدار ما فقدوه من أكل. ثم ألغى القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ بأكمله واستبدل به القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ الذى استحدث مبدأ العدول عن توزيع أراضى طرح النهر كتعويض عينى يقتضيه أصحاب أكل النهر. وقضى بتقرير تعويض نقدى تؤديه الحكومة إليهم . كما قضى بتعديل قواعد التصرف فى أراضى طرح النهر بحيث يجرى توزيعها على صغار الفلاحين وفقاً لقواعد تشابه قواعد التوزيع المتبعة فى الإصلاح الزراعى .

وبعد إلغاء القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ المشار إليه، استمر تضمين هذه الأحكام التى استحدثها – فى القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ الذى استبدل به .

ولما كان التطبيق العملى للقانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧ و ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ المشار إليهما – قد كشف عن وجود حالات تم فيها توزيع أراضى طرح النهر توزيعاً ابتدائيا مطابقاً لأحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه وقت أن كان قائماً . ولم يعتمد هذا التوزيع نهائياً حتى الآن . رغم أن هذه الحالات لاتشوبها مظنة الاستغلال مما تنتفى معه الحكمة من عدم اعتماد التوزيع الابتدائى فيها ، كما أن الاعتبارات المتعلقة بالعدالة تملى فى بعض هذه الحالات إقرار ذلك التوزيع .

لذلك وحسما لمراكز المواطنين الذين تم التوزيع الابتدائى عليهم فى الحالات المشار إليها . فقد رؤى تضمين القانون المرافق حكما انتقاليا يقرر تصفية تلك الحالات فى ضوء الاعتبارات المتقدمة . وبمراعاة الأهداف التى التزمها والقواعد الرئيسية التى أوردها ، فقضت المادة (٧٢) بأن طرح النهر الذى تم توزيعه ابتدائيا وفقاً لأحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بطرح النهر وأكله ، ولم يتم اعتماده بقرار من الوزير المختص ، يكون واجب الاعتماد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وذلك فى الحالات الآتية :

(أ) حالة طرح النهر الذى وزع كتعويض عينى على مستحقيه الأصليين مقابل أكل نهر كانوا يمتلكونه قبل العمل بالقانون رقم ٧٣

لســنة ١٩٥٣ وحدث الأكل فى ملكيتهم بعد العمل بالقانون المشار إلــيه . ولم يتصرفوا فيه إلى الغير واستبقوه لأنفسهم حتى عوضوا عنه عينا وفقا للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه على النحو المتقدم.

(ب) حالــة طــرح النهر الذى وزع كتعويض عينى مقابل أكل نهر آلت ملكيته إلى الموزع عليهم قبل العمل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه .

وهاتان الحالتان لاتثور شبهة الاستغلال فيهما باعتبار أن توزيع طــرح النهر كان مقابل ما يملكه الموزع عليهم من أكل نهر منذ ما قــبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه ، وأن استغلال ملاك الأماكن لم يبدأ إلا بعد صدور القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣.

(ج) حالة طرح النهر الذى وزع كتعويض عينى مقابل أكل نهر آلــت ملكيــته إلى الموزع عليهم بعد العمل بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشــار إلــيه بغــير طريق التعاقد . وهذه الحالة الأخيرة لاتثور فيها شبهة الاستغلال أيضا إذ أن الغرض فيها أن ملكية أكل الــنهر المعــوض عنه عينا قد آلت إلى الموزع عليهم بغير طريق التعاقد – كالميراث مثلا .

وعالجت المادة (٧٢) كذلك التوزيع الذى يكون قد تم وفقا للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه إلى أصحاب وكالة حصلوا عليها بعد العمل بالقانون المذكور ، وقصرت هذه المادة اعتماد مثل هذا التوزيع على الحالات التى تكون الوكالة فيها صادرة إلى أقارب للموكلين لغاية الدرجة الرابعة ، لانتفاء شبهة الاستغلال بين الأقارب الأقربين فى مثل هذه الحالة أيضا .

وأضافت تلك المادة أنه إذا كان الأكل قد حدث فى تكليف ورثة متعددين ، وتم توزيع طرح النهر المستحق كتعويض عن هذا التكليف ابتدائيا – طبقا للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣– إلى أحد الورثة أو بعضهم ممن طلبوا تعويضهم عن الأكل الذى وقع فى التكليف المشترك بينهم ، ولم يلغ هذا التوزيع بعد العمل بالقانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧ و١٩٢ لسنة ١٩٥٨ المشار إليهما– فإن هذا التوزيع يعتمد أيضا النسبة إلى أنصبة سائر الورثة– أخذا بنظرية الإنابة القانونية بين الورثة وقيام بعضهم مقام بعض بالنسبة إلى جميع الأعمال التى يكون من شأنها اقتضاء حقوق التركة أو زيادة أصولها – وذلك متى أقر هؤلاء الورثة بموافقتهم على التوزيع المشار إليه ، بموجب إقرارات مصدق على توقيعاتهم عليها، وذلك خلال سنة من تاريخ العمل بالقانون المرافق ، وإلا ألغى التوزيع بالنسبة إلى أنصبة من لايوافق عليه من أولئك الورثة– وسقط حقهم فيه .

وقضـــت تلك المادة أيضا بأنه إذا كان التوزيع قد تم إلى وكيل عن الورثة المشار إليهم فلا يعتمد منه إلا ما يكون قد تم بالنسبة إلى الورثة الذين لاتتعدى قرابتهم بالوكيل حدود الدرجة الرابعة وبشرط ألا يكـــون هـــذا التوزيع قد ألغى بعد العمل بالقانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ المشار إليهما .

ونصـــت المادة (٧٣) على إلغاء جميع التوزيعات التى لاتطابق الأحكـــام المنصـــوص علـــيها فى المادة السابقة حتى لو كانت قد اعـــتمدت وتم شهرها ، كما يلغى ما ترتب على هذه التوزيعات من تصرفات صادرة إلى الغير حتى ولو كان قد تم شهرها .

وقضـــت هـــذه المـــادة بأنه فى جميع الحالات التى يلغى فيها الـــتوزيع – تتســـلم الهيـــئة العامـــة للإصلاح الزراعى– بالطريق الإدارى ، أراضى الطرح الملغى توزيعه ويحاسب صاحبه باعتباره مستأجرا له وذلك عن المدة من أول السنة الزراعية ١٩٥٨-١٩٥٩ وهـــى الســـنة التى صدر فيها القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨- إلى تـــاريخ تسليم الطرح إلى الهيئة ، على أن يستنزل من قيمة الأجرة المســـتحقة عليه فى هذه الحالة ما يكون قد أداه عن تلك الأراضى مـــن الضـــرائب العقارية وملحقاتها ، وذلك سواء أكان التوزيع قد اعتمد وتم شهره أو لم يكن قد سبق اعتماده وشهره – حتى يستوى أساس معاملة أصحاب التوزيع فى الحالين .

ونصـــت هذه المادة على توزيع أراضى طرح النهر الذى يلغى توزيعـــه وفقاً للأحكام المتقدمة - على صغار الزراع طبقاً للأحكام المنصـــوص عليها فى القانون المرافق . كما نصت على أن تطبق على أصحاب التوزيعات الملغاة بالنسبة إلى حقهم فى التعويض عن أكل النهر أحكام المواد من (١٤) إلى (١٨) .

وقضـــت هـــذه المـــادة فى فقرتها الأخيرة بأن تسرى أحكامها المتقدمة- على حالات التوزيع التى ألغيت بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ المشـــار إلـــيه ، وذلـــك مع عدم الإخلال بالأحكام النهائية الصـــادرة مـــن الجهـــات القضائية المختصة أو القرارات النهائية الصادرة من لجان تقدير حق التعويض عن أكل النهر المشكلة طبقاً للقانون المذكورة .

١٤٥ـ إجراءات تقديم طلب التعويض وأداء التعويض :

يقدم صاحب أكل النهر طلب التعويض إلى المحافظة الكائن فى دائـــرتها الأكل على النموذج المعد لذلك أو بطلب مستوف للشروط والأوضـــاع المبيـــنة فى اللائحة التنفيذية وذلك خلال موعد أقصاه آخـــر ديسمبر سنة ١٩٦٩ أو خلال سنتين من تاريخ حدوث الأكل أى المدتين أطول (م١٥ مستبدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧) .

وكـــان الموعـــد قـــبل صدور القانون الأخير سنتين من تاريخ حـــدوث الأكل أو من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ أى المدتين أطول .

وتـؤدى الهيـئة العامة للإصلاح الزراعى نيابة عن الحكومة تعويـض الأكل المبين فى الطلبات المقدمة وفقا للمادة (١٥) خلال السنة التالية لتقديمها وذلك فى حدود الاعتماد المالى المخصص فى الميزانية ووفقا لمراتب الأولوية التى تحددها اللائحة التنفيذية .

فـإذا لـم يف الاعتماد فيصرف التعويض من اعتماد السنوات التالـية . ويكون للطلب ذات الأسبقية المقررة له فى الصرف وفقا للقواعد التى تحددها اللائحة التنفيذية (م ١٦) .

وتعفـى مـن رسـوم الدمغة الطلبات السالفة الذكر والأوراق والمسـتندات المتعلقة باستحقاق التعويض عن أكل النهر كما تعفى مـن الرسـوم عمليات الاطلاع واستخراج الصور والشهادات التى تطلبها الهيئة العامة للإصلاح الزراعى من السجلات الحكومية فى طلـبات التعويض عن أكل النهر ومع ذلك يستحق رسم دمغة شامل مقداره خمسون قرشا إذا زاد التعويض على العشرة جنيهات (م١٨).

١٤٦ـ جـزاء تضـمين طلـب الحصول على التعويض بيانات غير صحيحة:

تـنص المادة ١٧ من القانون على أن : " كل صاحب أكل نهر يضـمن الطلـب المنصـوص علـيه فى المادة (١٥) بيانات غير صـحيحة يترتب عليها إعطاؤه حقا على غير مقتضى هذا القانون يحـرم من الانتفاع بأحكامه لمدة خمس سنوات وإذا كان شراء حقه

فـــى التعويض قد تم اعتبر عقد الشراء باطلا وكذلك التوزيع الذى يكـــون قـــد تم إليه حتى ولو كان قد تم شهره ، ويلزم الطالب برد الـــتعويض وجمـــيع المـــبالغ التى يكون قد اقتضاها دون وجه حق مضـــافا إلـــيها المصاريف فضلا عن تعويض يعادل خمسة أمثال الضريبة العقارية التى حوسب على أساسها وقت صرف تلك المالبغ إليه .

ويصدر وزيرالإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى قرارا بذلك وتحصل تلك المبالغ بطريق الحجز الإدارى " .

والمقصود ببطلان عقد شراء التعويض ، هو إبطال عقود شراء حق تعويض أكل النهر الذى كان العمل جاريا على إبرامها فيما بين الحكومـــة وأصـــحاب أكل النهر وفقا لأحكام القانونين رقمى ١٨١ لسنة ١٩٥٧ و ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ سالفى الذكر .

والمقصـــود بإبطال التوزيع ، إبطال التوزيع على من يكون قد عـــوض عن أكل النهر تعويضا عينيا قبل العمل بالقانون رقم ١٨١ لســـنة ١٩٥٧ إذا كـــان صـــاحب الأكـــل قد عاد بعد بيعه حقه فى التعويض عن الأكل أو بعد انتفاعه بالتوزيع (التعويض العينى) فقدم طلـــبا جديدا للحصول على التعويض النقدى عن أكل النهر المقرر بموجـــب القـــانون المـــرافق ، قاصدا بذلك التحايل على الحكومة ومتعمدا الحصول على تعويض مضاعف دون وجه حق .

ومـؤدى الحكـم المشـار إليه إبطال عقد شراء الحكومة لحق تعويض أكل النهر وإبطال التوزيع الذى أفاد منه (التعويض العينى) وذلك وفقا لغشه وردا لتحايله غير المشروع[١] .

وقد رصدت المادة ٦٩ من القانون جزاء جنائيا أيضا يوقع على من يدلى بهذه البيانات هو الحبس (ومدته لاتقل عن أربع وعشرين سـاعة ولاتزيد على ثلاث سنوات) وغرامة لاتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين .

ويعفـى مـن العقاب كل من بادر من تلقاء نفسه بإبلاغ الجهة الإداريـة المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التى يكون قد أدلى بها أو اشترك فى الإدلاء بها (م٦٩) .

وهذه الجريمة عمدية تتطلب قصدا جنائيا خاصا هو علم الجانى أن البـيانات الـتى يضـمنها الطلب غير صحيحة ويترتب عليها إعطاؤه حقا على غير مقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

١٤٧ـ حق وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى فى نزع ملكية العقارات المقامة عليها آلات رافعة :

تنص المادة (١٩) على أن :

" يكون لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى حق نزع ملكـية العقـارات المقامة عليها آلات رافعة مملوكة لأفراد والتى تسـتخدم فى رى أراضى طرح النهر المملوكة للدولة وكذلك نزع

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون .

ملكـية هـذه الآلات مـتى رأى فى ذلك تحقيقا لمصلحة المنتفعين بالأراضى المذكورة على أن تؤول ملكية هذه العقارات والآلات إلى الجمعـيات التعاونـية الزراعـية المختصة ويقتضى الثمن والفوائد والمصـروفات المستحقة من هذه العقارات والآلات من الجميعات المذكورة طبقا للشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية" .

١٤٨ـ رفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر:

تنص المادة ٢ من القانون على أن :

"ترفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر ابتداء مـن أول شـهر يـناير التالى لتاريخ حدوث الأكل . وتربط على أراضـى طـرح النهر الذى يوزع أو يباع وفقا لأحكام هذا القانون الضـريبة العامة للحوض الذى يقع فيه ابتداء من أول يناير التالى لـتاريخ تسليمه إلى المتصرف إليه فيه ، فإذا لم يكن الطرح واقعا فـى حـوض فـتربط عليه ضريبة أقرب الحياض إليه، وإذا تعذر تحديد هذا الحوض أو تعددت الحياض القريبة فتربط الضريبة على أسـاس متوسط الضريبة المفروضة على حياض أراضى الجزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقع فى زمامها الطرح ".

١٤٩ـ التصرف فى أراضى طرح النهر :

كانـت المـادة الثامنة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ عند صدور القانون تنص على أن : " تؤول إلى الهيئة العامة للاصلاح

الزراعى الأراضى الزراعية الخاضعة لأحكام هذا القانون للتصرف فـيها بـتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه .

ولايدخـل فـى الأراضى الزراعية التى توزع وفقا لحكم هذه المـادة أراضـى طـرح الـنهر غير الثابت ، التى لم يمض على ظهورهـا سنتان ، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح الموطـى الـتى لاتنحسر عنها المياه حتى أول شهر فبراير من كل سنة وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالـتها علـى الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة ".

وقـد قصـد بهـذا الـنص أن يتولى جهاز الاصلاح الزراعى المتخصص فى التوزيع- بما له من خبرة وتجربة وبما اكتسبه من كفـاءة ومـران توزيـع الأراضى الزراعية المملوكة للدولة ملكية خاصة على صغار الفلاحين ، وفقا لذات الأحكام المقررة فى قانون الاصـلاح الـزراعى والقوانيـن المعدلة ، سواء فى ذلك الأحكام المـتعلقة بإجـراءات الـتوزيع وقواعده المنصوص عليها فى ذلك القـانون ولائحته التنفيذية . أو الأحكام التى تنظم العلاقة بين الهيئة العامـة للإصلاح الزراعى وبين المنتفعين بالتوزيع ، وبين هؤلاء وبيـن الجمـيعات التعاونـية للإصـلاح الزراعى التى يكتسبون عضويتها بحكم القانون ، أو الأحكام الخاصة بتقدير ثمن الأراضى الموزعة .

ولما كانت عبارة " الأراضى الزراعية" تشمل أراضى طرح النهر وفقا للتعريف الوارد فى الفقرة (أ) من المادة (٢) من القانون، فإن التوزيع يشمل أراضى طرح النهر.

وإذا كانت أراضى طرح النهر- عامة- لاتستقر ولاتثبت إلا بعد مضى فترة على ظهورها تقدر بنحو سنتين ، كما أن بعض هذه الأراضى تغمرها مياه الفيضان السنوى ولاتنحسر عنها حتى أول شهر فبراير من كل سنة- وهى الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح المواطى .

وكان من المتوقع أن تستمر هذه الأراضى وتلك خاضعة لتأثير مياه الفيضان ، إلى ما بعد إنشاء السد العالى، وبعد ذلك يتحقق بالنسبة إليها الاستقرار والثبات بعد أن يتم التحكم فى مياه الفيضان ودرء مخاطره .

لذلك فقد أوردت الفقرة الثانية من المادة حكما يقضى بأن تستبعد من نطاق الأراضى الزراعية التى توزع أراضى طرح النهر غير الثابت التى لم يمض على ظهورها سنتان، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح المواطى ، التى لاتنحسر عنها مياه الفيضان حتى أول شهر فبراير من كل سنة. وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة ، وتبعا لوضعها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة، بمصلحة الأموال المقررة- وهى السجلات الرسمية التى

يمكن اتخاذها معيارا لتحديد طبيعة الأراضى المشار إليها فى ضوء نتائج معاينتها وحصرها ... الخ .

ولما صدر القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ المعمول به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فى ٣١ أغسطس ١٩٦٧ – العدد (٧٧) نص فى مادته الثالثة على أن يستبدل بنص الفقرة الأولى من المادة ٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ النص الآتى : " تؤول إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون للتصرف فيها طبقا لأحكام المادتين ٤ ، ٧ من هذا القانون. ولايدخل فى الأراضى الزراعية التى توزع وفقا لحكم هذه المادة أراضى النهر غير الثابت ، التى لم يمض على ظهورها سنتان ، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح المواطى التى لاتنحسر عنها المياه حتى أول شهر فبراير من كل سنة وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة".

والمادة الرابعة التى أحال عليها النص سالف الذكر تنص على تأجير الأراضى الزراعية إلى صغار الفلاحين فى حدود خمسة أفدنة لكل منهم بالشروط الواردة بها .

أما المادة السابعة فتنص على أن الأراضى البور التى تستصلح وتزرع خفية والأراضى الزراعية التى تزرع خفية تحصر سنويا على زارعيها ، ثم تؤجر فى السنة الزراعية التالية إلى صغار الفلاحين ... الخ .

وبالبناء على ذلك فإن المادة الثالثة من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ تكون قد ألغت نظام توزيع الأراضى الزراعية- ومنها أراضى طرح النهر- على صغار الفلاحين وفقا لأحكام المرسوم بقانون ١٧ لسنة١٩٥٢ منذ تاريخ العمل بأحكامه .

ولما صدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩[١] استبدل النص التالى بنص المادة الثامنة : " يتم التصرف بالبيع فى الأراضى الزراعية وملحقاتها الخاضعة لأحكام هذا القانون بمعرفة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى بالممارسة أو بالمزاد العلنى . وإستثناء من أحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه تتضمن اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم والمساحة التى يجوز التصرف فيها إلى كل منهم وقواعد تقدير الثمن ومدة سداده وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى ومدى الإعفاءات التى تمنح للمتصرف إليهم من الثمن أو من متأخر الإيجار أو غير ذلك".

وقد نصت المادة الرابعة من القانون على أن يعمل بالقانون اعتبارا من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

ومفاد ذلك أن هذا القانون ألغى توزيعات أراضى طرح النهر التى تكون قد وزعت فى ظل المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧.

---

(١) الجريدة الرسمية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٩ – العدد (٤) .

ثـم صـدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة ونص فى مادته الثالثة على أن تتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف فى أراضى طرح النهر ، وتمارس سلطات المالك فى كل ما يتعلق بها ، وبالتنسيق مع وزارة الأشغال العامة والموارد المالية وقد تغيا المشرع من ذلك عدم اعتبار أراضى طرح النهر أرضا زراعية خالصة كما نصت المادة الثانية بند (أ) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ذلك أنها تكون فى حاجة إلى استصلاح يهيئها للزراعة وهى مهمة الهيئة العامة للتعمير والتنمية الزراعية [١].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون – وكان قد صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ فى شأن بعض القواعد الخاصة بالتصرف فى أملاك الدولة الخاصة ونص فى مادته الأولى على أنه مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية ، وبحق الدولة فى إزالة التعديات التى تقع على أملاكها بالطريق الإدارى ، يجوز للجهة الإدارية المختصة التصرف فى الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة إلى واضع اليد عليها قبل نفاذ هذا القانون ، وذلك بالبيع بطريق الممارسة مع جواز تقسيط الثمن متى طلب شراءها خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به ، وفقا للقواعد والضوابط التى يقررها مجلس الوزراء لاعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية .

١٥٠ـ اختصاص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع أراضى طرح النهر :

تـــنص المادة ٢١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن :

"تخـــتص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى المنصوص عليها فى المـــادة ١٣ مكـــررا مـــن المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشـــار إلـــيه بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والـــتعويض عن أكله – وتكون القرارات الصادرة من اللجنة نهائية وغـــير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى وتنفذ بالطريق الإدارى ".

والمـــادة ١٣ مكررا المشار إليها تنص على أن : " تشكل لجان خاصـــة لفحص الحالات المستثناة طبقا للمادة (٢) ولتقدير ملحقات الأرض المســـتولى عليها ولفرز نصيب الحكومة فى حالة الشيوع ، وتتضـــمن اللائحـــة التنفـــيذية كيفية تشكيلها وتحديد اختصاصاتها والإجراءات الواجب اتباعها .

وتشـــكل لجنة قضائية أو أكثر من مستشار من المحاكم يختاره وزير العدل – تكون له الرياسة ، ومن عضو بمجلس الدولة يختاره رئـــيس المجلـــس وثلاثـــة أعضـــاء يمثلون كلا من الهيئة العامة للإصـــلاح الـــزراعى ومصلحة الشهر العقارى والتوثيق ومصلحة المساحة ".

وتختص هذه اللجنة دون غيرها – عند المنازعة – بما يأتى:

(١) تحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضى المستولى عليها أو التى تكون محلا للاستيلاء طبقا للإقرارات المقدمة من الملاك وفقا لأحكام هذا القانون وذلك لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه منها .

(٢) الفصل فى المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على المنتفعين وفى جميع الأحوال لاتقبل المنازعة بعد مضى خمسة عشر يوما من تاريخ النشر فى الوقائع المصرية عن الأراضى المستولى عليها ابتدائيا أو الأراضى التى يتم توزيعها على المنتفعين ابتدائيا ، كما لاتقبل المنازعة فى القرارات الصادرة بالتوزيع الابتدائى قبل أول أكتوبر سنة ١٩٥٦ وذلك فيما عدا المنازعات التى رفعت قبل هذا التاريخ .

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات التقاضى أمام اللجان القضائية، ويتبع فيما لم يرد بشأنه فيها نص خاص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية كما تبين اللائحة البيانات التى تنشر فى الوقائع المصرية عن الأراضى المستولى عليها أو الموزعة ابتدائيا .

واستثناء من أحكام قانون السلطة القضائية يمتنع على المحاكم النظر فى المنازعات التى تختص بها اللجان القضائية المشار إليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة وتحال فورا جميع القضايا المنظورة أمام جهات القضاء مادام باب المرافعة لم يقفل فيها – إلى تلك اللجان ... الخ .

وعلـــى ذلك فاللجنة القضائية المشار إليها تختص وحدها بنظر المـــنازعات المتعلقة بتوزيع أراضى طرح النهر فى الفترة السابقة علـــى العمـــل بالقـــانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧، وكذلك بالمنازعات المـــتعلقة بالـــتوزيعات السابقة على العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ولـــم يكـــن قد أقفل فيها باب المرافعة أمام محكمة القضاء الإدارى قبل العمل بالقانون المذكور .

وقـــد ورد الـــنص على اختصاص اللجنة القضائية بالمنازعات المذكورة عاما ، ومن ثم فإنه يدخل فى اختصاصها كافة المنازعات المـــتعلقة بالـــتوزيع – كالشأن فى توزيع الأراضى المستولى عليها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى – بدءا من انفتاح إجراءات التوزيع بتقديم طلبات التوزيع حتى إتمام تسجيل الأرض باسم الموزعة عليه ، ويندرج فيها إلغاء القرارات الصادرة بالتوزيع والتعويض عن قرارات التوزيع (١).

---

(١) وهـــناك لجنة أخرى نصت عليها المادة ٦٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ إذ جـــرت هذه المادة على أنه : " إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفـــاء بـــأحد التزاماته المنصوص عليها فى هذا القانون أو تسبب فى تعطـــيل قيام الجمعية التعاونية الزراعية بالأعمال المنصوص عليها فى المادة ٦٤ أو إذا أخل بأى التزام جوهرى آخر يقضى به العقد والقانون ولـــم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف حقق الموضوع بواســـطة لجـــنة تشكل برياسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائـــب بمجلـــس الدولـــة واحد مديرى الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعى أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى بحسب الأحوال. وللجـــنة بعـــد سماع أقوال صاحب الشأن أن تصدر قرارا مسببا بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع .

وفى هذا قضت المحكمة الادارية العليا بأن :

١- " إن القانون ، وقد تضمن النص على تخويل اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بطرح النهر والتعويض عن أكله إنما هو قانون متعلق بالاختصاص، لأن المشرع قصد به فى الواقع من الأمر نزع الاختصاص الوظيفى لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، من نظر المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله ، وناط الاختصاص بذلك إلى جهة أخرى " .

(طعن رقم ١٤٤١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٩/١١/٨)

ويبلغ قرار اللجنة إلى صاحب الشأن بالطريق الإدارى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدروه . ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه .

ولايكون قرار اللجنة نهائيا إلا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم المشار إليه . وينفذ القرار بالطريق الإدارى " .

وقد قصد من هذه المادة تحقيق الصالح العام ومراعاة الاعتبارات المتعلقة بالمحافظة على الإنتاج القومى بالتحقق من قيام المتصرف إليهم بزراعة الأرض على خير وجه وحسن استغلالهم لها ، وتوافرهم على زيادة إنتاجها ورفع مستواه خلال المدة المبينة بالمادة ، وبانقضاء هذه المدة تستقر ملكية المتصرف إليهم- ومعظمهم من صغار الزراع- التى تعد بمثابة فترة اختبار يتم خلالها التثبت من قدرتهم على الاضطلاع بمسئولية هذه الملكية والوفاء بالتزاماتها (المذكرة الإيضاحية للقانون).

٢- " إن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكـــة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها والذى عمل به وفقا لحكم المادة ٨٩ منه بعد انقضاء ثلاثة أشهر على نشره الذى تم فى ٢٢ مـــن مـــارس ســـنة ١٩٦٤ قد استحدث تنظيما جديدا فى شأن المســـائل المـــتعلقة بطرح النهر والتعويض عن أكله وقد نص فى المـــادة ٢١ منه على أن تختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى المنصـــوص علـــيها فى المادة ١٣ مكررا من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لســـنة ١٩٥٢ بالإصـــلاح الـــزراعى والقوانين المعدلة له- بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكلـــه ومـــؤدى هـــذه المـــادة وقد نصت بصيغة عامة مطلقة على اختصـــاص اللجـــنة المشـــار إليها بالفصل فى المنازعات المتعلقة بـــتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله أن ينعقد لها الاختصاص بالفصـــل فـــى جمـــيع المـــنازعات المـــتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله سواء كانت فى صورة إلغاء القرارات الصادرة بتوزيع طرح النهر أو تلك المتعلقة بهذا التوزيع أم فى صورة طلب الـــتعويض عن هذه القرارات أو التعويض عن أكل النهر ولما كان موضـــوع المنازعة المثارة هو طلب إلغاء القرار الإدارى الصادر بإلغـــاء قرار توزيع طرح النهر على المدعيين فإن القرار المطعون فـــيه يكـــون بهذه المثابة من القرارات الإدارية بتوزيع طرح النهر والـــتى أصـــبح الاختصـــاص بالفصل فيها منوطا باللجنة القضائية للاصلاح الزراعى منذ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ آنف الذكر .

ومـــن حيـــث إن القانون المذكور وقد نص على تخويل اللجنة القضـــائية لإصـــلاح الزراعى الاختصاص بالفصل فى المنازعات المـــتعلقة بـــتوزيع طـــرح النهر والتعويض عن أكله فإنه يعد بهذه المـــثابة مـــن القوانيـــن المعدلة للاختصاص قصد به الشارع نزع الاختصاص الوظيفى لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بالفصل فى طلـــب إلغـــاء القـــرارات الإداريـــة المـــتعلقة بتوزيع طرح النهر والـــتعويض عن أكله وناط الاختصاص بذلك إلى جهة أخرى ولما كانت المادة الأولى من قانون المرافعات القديم والجديد على السواء – تقضى بأن تسرى قوانين المرافعات بأثر حال على ما لم يكن قد فصـــل فيه من الدعاوى وما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمـــل بهـــا ثم أخرجت هذه المادة من نطاق المذكور الاستثناءات الـــتى نصـــت علـــيها فى فقراتها الثلاث ومفاد أولاها عدم سريان القوانيـــن المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال بـــاب المرافعة فى الدعوى ولما كان الأمر كذلك فإن أحكام القانون رقـــم ١٠٠ لســـنة ١٩٦٤ المشـــار إليه فى شأن تعديل اختصاص المحاكم تسرى على الدعاوى التى لم يكن قد تم إقفال باب المرافعة فـــيها قـــبل تـــاريخ العمل بهذا القانون وهو على ما سلف بيانه بعد انقضـــاء ثلاثـــة أشهر على نشره الذى تم فى ٢٣ من مارس سنة ١٩٦٤. والدعـــوى الماثلـــة وإن كانت قد أقيمت قبل تاريخ العمل بالقـــانون المذكـــور إلا أنـــه لم يقفل باب المرافعة فيها إلا بعد هذا

التاريخ حيث قررت المحكمة بجلسة ٢٠ من أبريل سنة ١٩٦٥ إصدار الحكم بجلسة ٨ من يونية سنة ١٩٦٥ مع التصريح بمذكرات فى أربعة أسابيع وكان يتعين والأمر كذلك أن تقضى المحكمة بعدم اختصاصها بهيئة قضاء إدارى بنظر الدعوى وإذ أغفلت المحكمة إعمال مقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ المذكور فإنها تكون قد خالفت أحكام القانون الأمر الذى يتعين معه إلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء بعدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظر الدعوى ".

(طعنان رقما ٩٨١، ١٠٠٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٧٣/٦/٣٠)

١٥١- مضمون اختصاص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعويض عن أكل النهر:

رأينا فيما سلف أن المادة ٢١ من القانون تنص على أن تختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى المنصوص عليها فى المادة ١٣ مكررا من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعويض عن أكل النهر .

ومفاد ذلك أن اللجنة المذكورة تختص بالفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بالتعويض عن أكل النهر ، سواء تعلقت بمبدأ استحقاق التعويض أو بمقداره أو بالأولوية فى تقاضيه .

أما ماعدا ذلك من منازعات فإنه يخرج عن اختصاص اللجنة.

١٥٢ـ التصديق على قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى .

أوجبت المادة ٢١ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٤ التصديق على قرارات اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى وعلقت نهائية هذه القرارات على ذلك التصديق .

١٥٣ـ تكييف تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى على القرارات الصادرة من اللجنة :

تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى على القرارات الصادرة من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى ، سواء كان بالموافقة أو بعدم الموافقة يتداخل مع عمل اللجنة وهو عمل قضائى ، بحيث تلحق الصفة القضائية ما يصدره المجلس من قرارات فقرار التصديق يعتبر مكملا لقرار اللجنة لأنه يتصل بتسيير القضاء أمام هذه اللجنة بنص صريح فى القانون ، ومن ثم يأخذ حكمه ويعتبر قرارا قضائيا يحوز قوة الأمر المقضى وتكون له حجيته فيما فصل فيه من حقوق .

وفى هذا قضى بأن :

١- " لما كانت القرارات التى تصدرها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى ، وهى تمارس عملا قضائيا أسنده إليها المشرع، تعتبر بحسب طبيعتها أحكاما قضائية وليست قرارات إدارية ، وكان مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى إذ يباشر- فى حدود اعتماده قرارات هذه اللجنة- ما اختص به بنص صريح فى القانون فإن ما يتولاه فى هذا الشأن يتداخل مع عمل اللجنة ، وهو عمل قضائى على ما سلف بيانه ، بحيث تلحق الصفة القضائية ما يصدره المجلس من قرارات ".

(المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم ٩ لسنة (١) قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٨١/٢/٧ - ذات المبدأ بذات الجلسة فى القضايا أرقام ١٢، ١٤، ١٩ لسنة (١) قضائية) .

٢- " قرار التصديق الذى يصدر فى حدود هذا الاختصاص يعتبر مكملا لقرار اللجنة القضائية ويأخذ حكمه فيعتبر قرارا قضائيا يحوز قوة الأمر المقضى ، وتكون له حجيته فيما فصل فيه من الحقوق ، وبعبارة أخرى فإن الصفة القضائية تلحق كذلك القرارات المكملة التى يختص مجلس إدارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى بإصدارها، سواء صدرت بالموافقة أو بعدم الموافقة على قرارات اللجان القضائية لأنها تتصل فى الحالتين بتسيير القضاء

أمـــام هـــذه اللجان بنص صريح فى القانون . ويبنى على ذلك أنه لايجـــوز قانونا لمجلس إدارة الهيئة تعديل قراره أو سحبه أو إلغاءه فـــى أى وقـــت بعد صدوره لاستنفاذ ولايته فى شأنه ، وإلا اعتبر قـــراره الـــذى يصـــدر فى هذا الشأن تصديا من جهة إدارية لعمل قضـــائى اكتسب الصفة النهائية وحاز قوة الأمر المقضى به ، وهذا التصـــدى يخـــالف القانون مخالفة جسيمة تنحدر بالقرار إلى درجة الانعدام ".

(المحكمـــة الإدارية العليا طعن رقم ٥٠٣ لسنة ٢٢ ق- جلسة ١٩٨١/٣/٣١)

١٥٤ـ عـدم اعـتماد وزيـر الـزراعة واستصلاح الأراضـى قـرارات التصـديق الصادرة من مجلس إدارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى :

أسبغت المادة (٢١) سالفة الذكر النهائية على القرارات الصادرة مـــن اللجـــنة القضـــائية بمجرد تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصـــلاح الزراعى . ومن ثم لايلزم اعتمادها من وزير الزراعة واستصلاح الأراضى .

ولايحـــتج فى هذا المجال بما نصت عليه المادة ١١ من القانون رقـــم ٦١ لســـنة ١٩٦٣ بإصدار قانون الهيئات العامة من أن (تبلغ قـــرارات مجلـــس إدارة الهيئة إلى الوزير المختص لاعتمادها) ،

وبمـــا نصت عليه المادة العاشرة من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٧ لسنة ١٩٦٣ بتنظيم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى من أن "يـــبلغ رئـــيس مجلس الإدارة قرارات المجلس إلى وزير الاصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى لاعتمادها" .

ذلـــك أن قـــانون الهيئات العامة يعتبر بالنسبة لهذه الخصوصية تشريعا عاما فى حين أن ما جاء بالمادة (٢١) من القانون رقم ١٠٠ لســـنة ١٩٦٤ حكما خاصا ، والقاعدة فى تفسير القانون أن الخاص يقيد العام ، ولو كان الخاص سابقا على العام .

كماأن نص المادة العاشرة سالف الذكر وارد فى قرار جمهورى والـــنص علـــى النهائية وارد بقانون صراحة ، والقرار الجمهورى لايلغى نصا تشريعيا أعلى منه درجة .

ومن ناحية أخرى فإن القرار الجمهورى المذكور يفسر على أن اعتماد الوزير لقرارات مجلس الإدارة إنما يتناول القرارات التى لم ينص القانون على أن سلطة المجلس فيها نهائية .

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

١- " ومـــن حيـــث أنه وقد رفض مجلس الإدارة التصديق فإن قـــراره هذا يكون نهائيا بدون احتياج لقرار تال . وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه ليس صحيحا أن قرار مجلس الإدارة لايصبح نهائيا طالما أنه لم يعتمد من وزير الإصلاح الزراعى عملا بالقرار

الجمهــورى رقم ١٥٨٧ لسنة ١٩٦٣ الصادر بتنظيم الهيئة العامة للاصـــلاح الـــزراعى . ذلـــك أنه طبقا لحكم المادة ١٣ مكررا من المرســـوم بقـــانون رقـــم ١٧٨ لســـنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى المضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ وقبل تعديلها بالقانون رقم ٦٩ لســـنة ١٩٧١ مـــتى تم التصديق من مجلس إدارة الهيئة على قرارات اللجنة القضائية فإن هذا التصديق يعتبر بحكم القانون قاطعا لكـــل نزاع فى أصل الملكية وفى صحة إجراءات الاستيلاء. أما ما ورد فـــى المـــادة (١١) مـــن القرار الجمهورى رقم ١٥٨٧ لسنة ١٩٦٣ المشـــار إلـــيه مـــن أن رئيس مجلس الإدارة يبلغ قرارات المجلـــس إلى الوزير لاعتمادها فإنه لايلغى نصا تشريعيا ورد فى القـــانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وهو أعلى منه مرتبة . ثم أن هذا القـــرار يفســـر على أن اعتماد الوزير لقرارات مجلس الإدارة إنما يتـــناول القرارات التى لم ينص القانون على أن سلطة المجلس فيها نهائية وقاطعة إذ من المقرر أن العبرة فى نهائية القرار الإدارى هو صدوره من سلطة إدارية تملك حق إصداره دون حاجة إلى تصديق ســـلطة إدارية أعلى . وإذا كانت قرارات مجلس إدارة الهيئة العامة للإصـــلاح الـــزراعى المشـــار إليها ليست قرارات مبتدأة بل هى قـــرارات بالتصديق بالنسبة للقرارات الصادرة من اللجان القضائية

فلـــيس هناك موجب والحالة هذه لأن يتطلب الشارع أن يلحق هذا التصديق بتصديق آخر ".

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٢٢)

٢- " ومـــن حيـــث أنه تأسيسا على ما سبق ليس صحيحا فى القانون ما أوردته محكمة القضاء الإدارى فى حكمها المطعون فيه من أن قرار مجلس إدارة الهيئة الصادر فى ١٩٦٦/٥/٢٨ هو قرار يتعيـــن اعـــتماده مـــن الوزير المختص طبقا للمادة ١١ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ وأنه من القرارات التى تختص محكمة القضاء الإدارى بنظرها وفقا للبند خامسا من المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة . ذلك أنه مادام قد ثبـــت جـــود عنصر الاستيلاء فى المنازعة فإنه يمتنع الطعن ابتداء على القرار الصادر بالاستيلاء أمام مجلس الدولة . يضـاف إلى ذلك أن الاستيلاء نظمت أحكامه المادة ٣ من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمـــادة ٦ مـــن المرســـوم بقانون باللائحة التنفيذية لقانون الاصلاح الزراعى ولم يرد فى هذه الأحكام ما يوجب اعتمادها من الوزيـــر المخـــتص . وهذه النصوص ينطبق عليها ما أورده الحكم المطعـــون فـــيه مـــن أن قـــانون الهيئات العامة يعتبر بالنسبة لهذه الخصوصـــية تشريعا عاما فى حين أن المادتين ٣، ٦ سالفتى الذكر تعتـــبر أحكامهـــا تنظـــيما خاصا . والقاعدة فى تفسير القانون أن

الخـــاص يقيد العام ولذلك فإن القرار الصادر من الهيئة بالاستيلاء يخرج عن تطبيق أحكام قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ولايجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإدارى " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٨)

١٥٥ـ عدم الطعن على قرارات اللجنة :

نصـــت المادة ٢١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن قرارات هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى .

ومـــن ثـــم لايجـــوز الطعن بأى طريق من طرق الطعن على القرارات الصادرة من هذه اللجان[١] .

---

(١) ونشير إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٤ فـــى القضية رقم ٢ لسنة ٢٢ق " دستورية" (الجريدة الرسمية العدد ١٧ (تـــابع) فى ٢٠٠٢/٤/٢٧)- بصدد الفقرة الأولى من المادة ١٣ مكررا (أ) من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ " بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٣ مكررا (أ) من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الـــزراعى ، وذلـــك فمـــا تضمنته من توقف نهائية القرار الصادر فى مـــنازعات توزيـــع الأراضى على المنتفعين على تصديق مجلس إدارة الهيـــئة العامـــة للإصلاح الزراعى ، وبعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (١٣ مكررا) فيما تضمنته من قصر الحق فى الطعن أمام المحكمة الإداريـــة العليا على القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص علـــيها فى البند (٢) من الفقرة الثالثة من ذات المادة ، وبسقوط الإشارة

إلـــى المـــادة ١٣ الـــواردة بنص الفقرة الثانية من ذات المادة وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة .
وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلســـة العلنـــية المنعقدة يوم الأحد ١٤ أبريل سنة ٢٠٠٢م الموافق ١ صفر سنة ١٤٢٣ هـــ .
برئاسة السيد المستشار الدكتور / محمد فتحى نجيب .. رئيس المحكمة.
وعضـــوية السادة المستشارين / الدكتور حنفى على جبالى وإلهام نجيب نوار ومحمد عبد العزيز الشناوى وماهر سامى يوسف والسيد عبد المنعم حشيش ومحمد خيرى طه .
وحضور السيد المستشار/ سعيد مرعى عمرو.. رئيس هيئة المفوضين .
وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن .... أمين السر .

أصدرت الحكم الآتى :

فـــى القضـــية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢ لسنه ٢٢ قضائية " دستورية".

المقامة من :

السيد / حمدى اسماعيل حسين .

ضـــــد :

١- السيد رئيس مجلس الوزراء.
٢- السيد رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

الإجراءات :

بتاريخ الثانى من يناير سنه ٢٠٠٠، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلـــم كـــتاب المحكمة طلبا للحكم بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ١٣ مكرر (أ) من القانون رقم ١٧٨ لسنه ١٩٥٢ بشان الإصلاح الزراعى فيما تضمنه من أنه :

لا تكون القرارات الصادرة من اللجان المنصوص عليها فى المادة (١٣) والمـادة (١٣ مكررا) نهائية الا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرتين انتهت فيهما إلى طلب الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة بإصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق– تتحصل فى أن المدعى قد أقام الاعتراض رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ أمام اللجنة القضائية بالإصلاح الزراعى بطلب الحكم بإلغاء قرار لجنة التوزيع بحرمانه من تملك الأرض الزراعية المؤجرة له من الإصلاح الزراعى وأحقيته فى تملكها طبقاً لقانون الإصلاح الزراعى ، وبتاريخ ١٩٩١/٥/٢٦قررت اللجنة إجابته إلى طلبه . وبعد أن استصدر الأمر رقم ١ لسنة ١٩٩٨ من مأمورية طهطا بمحكمة سوهاج الابتدائية بتذييل القرار بالصيغة التنفيذية تظلم المدعى عليه الثانى بصفته من ذلك الأمر بموجب الدعوى رقم ٥٥٣ لسنة ١٩٩٨ مدنى طهطا على سند من عدم نهائية ذلك القرار لرفض التصديق عليه من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بموجب القرار رقم ٢٠٩ المؤرخ ١٩٩٨/٤/١١، وبتاريخ ١٩٩٩/١/٣١ حكمت المحكمة بإلغاء الأمر المتظلم منه . استأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٧٧ لسنة ٧٤ ق سوهاج، وأثناء نظر الدعوى دفع بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ١٣

مكرراً (أ) من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى، وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة ١٣ مكررا (أ) من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى المطعون عليها تنص على أنه "فيما عدا القرارات الصادرة من اللجان القضائية فى المنازعات المنصوص عليها فى البند (١) من الفقرة الثالثة من المادة السابقة لاتكون القرارات الصادرة من اللجان المنصوص عليها فى المادة (١٣) والمادة ١٣ مكررا نهائية إلا بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ".

وحيث إن المادتين المحال إليهما فى النص السالف ينصان على ما يأتى:

أولاً : الفقرة الأولى من المادة (١٣) "تشكل لجان فرعية تقوم بعملية الاستيلاء وحصر الأراضى المستولى عليها وتجميعها عند الاقتضاء وتوزيعها على صغار الفلاحين ".

ثانيا: المادة (١٣ مكررا) " تشكل لجان خاصة لفحص الحالات المستثناة طبقا للمادة (٢) لتقدير ملحقات الأرض المستولى عليها ولفرز نصيب الحكومة فى حالات الشيوع .... ".

وتشكل لجنة قضائية أو أكثر من مستشار من المحاكم يختاره وزير العدل تكون له الرياسة ومن عضو بمجلس الدولة يختاره رئيس المجلس وثلاثة أعضاء يمثلون كلا من الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ومصلحة الشهر العقارى والتوثيق ومصلحة المساحة.

وتختص هذه اللجنة دون غيرها – عند المنازعة – بما يأتى :

١- تحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضى المستولى عليها أو التى تكون محلا للاستيلاء طبقا للإقرارات المقدمة من الملاك وفقاً لأحكام هذا القانون ، وذلك لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه منها .

٢- الفصل فى المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على المنتفعين ....

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات التقاضى أمام اللجان القضائية ، ويتبع فيما لم يرد بشأنه نص خاص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية......

واستثناء من أحكام قانون السلطة القضائية يمتنع على المحاكم النظر فى المنازعات التى تختص بها اللجان القضائية المشار إليها ......

ويجوز لذوى الشأن الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة فى القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها فى البند (١) من الفقرة الثالثة .... ولايترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بذلك .

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة- وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية- مناطها أن تتوافر علاقة منطقية بينها وبين المصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسائل الدستورية التى تدعى هذه المحكمة لنظرها لازما للفصل فيها يرتبط بها من الطلبات الموضوعية . ولما كان جوهر طلبات المدعى فى النزاع الموضوعى يتعلق بمدى أحقيته فى تذييل القرار الذى استصدره من اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالصيغة التنفيذية كى يصير نهائيا ودون التوقف على اتخاذ إجراء آخر، وإذ كان نص الفقرة الأولى من

المادة ١٣ مكررا (أ) – المطعون عليها – قد تضمن أن نهائية القرارات الصـــادرة فـــى تلك المنازعات تتوقف على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى فإن حسم المسألة الدستورية المثارة من شأنه أن يؤثر تأثيرا جوهرياً على الفصل فى الطلبات الموضوعية مما تتحقق معـــه مصلحة شخصية للمدعى فى إقامة دعواه الدستورية الماثلة وكان نـــص الفقرة الثالثة من المادة (١٣ مكررا) قد قصر الحق فى الطعن أما المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة فى المنازعات المبينة فى البند (١) من الفقرة الثالثة من ذات المادة دون تلك المنصوص عليها فى البند (٢) المتعلقة بمنازعات توزيع الأراضى على المنتفعين ، وهو نص يرتـــبط بالنص الطعين ارتباط لزوم لا انفصام فيه فإن التحقق من مدى دستورية النص الأخير من شأنه أن يحقق أيضا مصلحة شخصية مباشرة للمدعـــى ، ومن ثم فإن نطاق المصلحة فى الدعوى الماثلة يتسع ليشمل نص الفقرة الثالثة من المادة (١٣ مكررا) .

وحيـــث إن مبنى طعن المدعى قام على أن النص الطعين انطوى على الإخلال بالمساواة بين الخصوم فى مجال الطعن على القرارات الصادرة فـــى المـــنازعات التى تختص بها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى ، وأن توقف نهائية القرار الصادر فى منازعة توزيع الأراضى المستولى عليها على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى يحول دون تحقـــيق الترضية القضائية فى وقت ملائم بما ينطوى على مخالفة لنص المادتين ٤٠، ٦٨ من الدستور .

وحيث إن المشرع قد اختص اللجنة القضائية المنصوص عليها فى المادة ١٣ مكررا من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى بالفصل دون غيرها فيما ينشأ عن تطبيق قانون الإصلاح الزراعى من

منازعات تتعلق بتحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضي المستولى عليها ، وكذلك المنازعات الخاصة بتوزيع تلك الأراضي والتي كان الاختصاص بنظرها والفصل فيها معقودا للمحاكم قبل صدور القرار بقانون رقم ٣٨١ لسنة ١٩٥٦ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، وقد استهدف المشرع من تقرير تلك الاختصاصات للجنة القضائية سرعة البت في هذه المنازعات وهو ما أفصح عنه في المذكرات الإيضاحية للقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والقرار بقانون رقم ٣٨١ لسنة ١٩٥٦، وقد حرص المشرع في هذين القانونين على تحقيق المساواة بين كافة المنازعات التي تختص بها اللجنة القضائية ، مراعياً في ذلك التماثل في طبيعة هذه المنازعات ، وباعتبار أن الغاية من الاستيلاء على الأراضي المنطبقة عليها أحكام قانون لإصلاح الرراعي هو توزيعها على المنتفعين الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ، وتأسيساً على ذلك ، فقد انتهج المشرع منهجا واحداً في شأن الإجراءات التي تتبع أمام هذه اللجنة القضائية ، فأوجب اتباع إجراءات قضائية تكفل ضمانات التقاضي ، وجعل قراراتها جميعاً لاتكتسب نهائيتها إلا بعد اعتمادها من اللجنة العليا للإصلاح الزراعي .

إلا أن المشرع خرج عن مقتضيات هذا المساواة عند إصداره القانون رقم ٦٩ سنة ١٩٧١ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، فأقام تفرقة في إجراءات الطعن على القرارات الصادرة من اللجنة القضائية المشار إليها ، حيث استحدث حكما أجاز به الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا على قراراتها الصادرة في شأن المنازعات الخاصة بتحقيق الإقرارات والديون العقارية وفحص ملكية الأراضي

المستولى عليها . فى حين أنه لم يجز الطعن بهذا الطريق فى القرارات الصادرة من ذات اللجنة فى المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضى على المنتفعين والتى لاتكتسب نهائيتها طبقا لنص المادة ١٣ مكررا (أ)- المطعون عليها - إلا بعد تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الناس لايتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى النفاذ إلى قاضيهم الطبيعى ، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومات القضائية المتماثلة، ولا فى فعالية ضمانة حق الدفاع التى يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التى يدعونها ولا فى اقتضائها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها ، ولا فى طرق الطعن التى تنظمها ، بل يجب أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها أو الدفاع عنها أو استئدائها أو الطعن فى الأحكام المتعلقة بها . لما كان ذلك ، وكان الأصل أن المتقاضين فى المنازعات التى تختص بها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى فى مركز قانونى متماثل ، وكانت تلك المنازعات - وعلى ما سلف بيانه - تتماثل من حيث طبيعتها تماثلا قاد المشرع إلى توحيد الإجراءات أمامها وفى الطعن فى قراراتها قبل إصداره القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧١ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعى، وإذ اتجه المشرع فى هذا القانون إلى تقرير حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا فى القرارات الصادرة من اللجنة القضائية فى شأن منازعات فحص ملكية الأراضى المستولى عليها ، فى حين أنه حظر ذلك فى شأن القرارات الصادرة فى منازعات توزيع تلك الأراضى واستوجب فى نص المادة ١٣ مكررا (أ) - المطعون عليها - لإسباغ

النهائية على تلك القرارات تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، وبصرف النظر عن أنه حتى لم يحدد أجلاً لإتمام هذا التصديق ، فإنه يكون بهذا التباين قد خلق تمييزا لفئة من المتقاضين عن فئة أخرى فى مجال الطعن على الأحكام بالرغم من تماثل مراكزهما القانونية واتفاق طبيعة المنازعات التى يتقاضون فى شأنها ، كما انطوى على إخلال بأصول القواعد الإجرائية لحق التقاضى وهو ما يعد إخلالا بمبدأ المساواة فى مجال حق التقاضى بما يوقع النصين المطعون عليهما فى حمأة مخالفة أحكام المادتين ٤٠و ٦٨ من الدستور وذلك فى شأن ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة ١٣ مكررا (أ) من قانون الإصلاح الزراعى من توقف نهائية القرار الصادر من اللجان القضائية فى شأن المنازعات الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، وما اشتمل عليه نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ مكررا من القانون السالف من قصر حق الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها فى البند (١) دون المنازعات المنصوص عليها فى البند (٢) من الفقرة الثالثة من ذات المادة والمتعلقة بتوزيع الأراضى على المنتفعين .

وحيث إن القضاء بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٣ مكررا (أ) على النحو اسالف بيانه يؤدى بحكم اللزوم إلى سقوط ما تضمنته الفقرة الثانية من ذات المادة من العبارة التى أحالت على المادة ١٣ مكررا ، وذلك لارتباطها بما لايقبل التجزئة بالنص الطعين مما لايتصور معه إعمال حكمها فى غيبتها .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٣ مكررا (أ) من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى ، وذلك فيما تضمنته من توقف نهائية القرار الصادر فى منازعات توزيع الأراضى على المنتفعين على تصديق مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، وبعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (١٣ مكررا) فيما تضمنته من قصر الحق فى الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا على القرارات الصادرة من اللجان القضائية المنصوص عليها فى البند (١) دون المنازعات المنصوص عليها فى البند (٢) من الفقرة الثالثة من ذات المادة ، وبسقوط الإشارة إلى المادة ١٣ الواردة بنص الفقرة الثانية من ذات المادة وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر **رئيس المحكمة**

مــادة (٩٢٢)

١- كــل مــا علــى الأرض أو تحــتها من بناء أو غراس أو منشــآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له .

٢- ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشــآت علــى نفقــته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها " .

الشــرح

١٥٦ـ ملكـية صاحب الأرض ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى :

ذكرنا سلفا أن الالتصاق الصناعى بالعقار يتحقق عند إقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض بمواد غير مملوكة لمالك هذه الأرض . وعلى ذلك فلا محل لإعمال أحكام الالتصاق إذا كان مالك الأرض قد أقام المنشآت على أرضه بمواد مملوكة له .

ونظــرا لأن الغالب أن مالك الأرض هو الذى يقيم ما عليها من منشآت على نفقته فقد نص الشارع فى الفقرة الأولى من المادة على أن كــل مــا علــى الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخــرى، يعتــبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون

مملوكـــا له " . فالأصل إذن أن كل ما على الأرض أو تحتها يكون ملكـــا لمالك الأرض ، فقد أقام الشارع قرينة قانونية على أن البناء والغـــراس والمنشـــآت الـــتى أقيمت على الأرض أو تحتها أحدثت بمعرفة مالك الأرض وأنها أقيمت على نفقته (١).

وتعتبر هذه القرينة نتيجة حتمية للمبدأ العام الذى تضمنته المادة ٨٠٣ مدنـــى فى فقرتها الثانية ألا وهو : " ملكية الأرض تشمل ما فوقهـــا وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقا " ، إذ مـــن مقتضى ذلك أن يكون لمالك الأرض حق التعلية بإقامة المبانى بالغـــا مـــا بلغ ارتفاعها ، كما أن له حق التنقيب فى جوفها أو حفر آباربها مهما كان عمقها ، دون أن يكون لأحد حق الاعترض عليه، طالما أنه يتصرف فى حدود القانون .

كمـــا تقـــوم هذه القرينة على أساس أن الأرض تعتبر دائما هى الأصل- حتى ولو كانت أقل قيمة من الأبنية أو الغراس أو المنشآت الأخرى – وأن كل ما يقام عليها يعتبر فرعا تابعا لها ، ويرجع ذلك إلى أن الأرض موجوده أصلا ويتصور وجودها دون منشآت بينما لايتصـــور قـــيام المنشـــآت دون الأرض ، فهـــى تعتمد دائما على الأرض(٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٩٤ .

(٢) نبيل سعد ص ٣٠٥- محمود جمال الدين زكى ص ٣٤٦.

ومثال المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام فى الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقارا بطبيعته . ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها . وكالمنشآت الـــتى تقـــام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها ، كالأنفاق والمواسير والسراديب وما إليها . ولا تدخل فى المنشآت المحاصيل الزراعية الدورية ، لأن مصيرها للحصاد فلاتبقى فى الأرض على سبيل الاستقرار والدوام (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لاينطـــبق حكـــم المادة ٦٥ من القانون المدنى الملغى إلا على المنشـــآت الــــتى يقصد بإنشائها بقاؤها على وجه الدوام سواء كانت بـــناء أو غراســـا من ثم فلا مجال لإعمال حكمها على المحاصيل الزراعية الدورية لما لها من نهاية معلومة " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢)

وينبـــنى على ما تقدم أن صاحب الأرض لايكلف بتقديم الدليل علـــى ملكية البناء والغراس والمنشآت الأخرى الكائنة فوق الأرض أو تحتها ، فى نزاع بينه وبين آخر يدعى ملكيتها له .

---

(١) السنهورى ص ٣٤٩ هامش (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق " .

(طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٢٦)

٢- " أحكــام الالتصــاق بالعقــار أوردها المشرع فى القانون المدنــى بالفصل الثانى – المنظم لأسباب كسب الملكية- من الباب الأول للكــتاب الثالث ، فاعتبره سببا مستقلا قائما بذاته من الأسباب القانونــية للملكية، وهو سبب يرتكز فى الأصل على قاعدة أن مالك الشئ الأصلى هو الذى يملك الشئ التابع، وبالتالى فإن ملكية البناء تطبيقا لقواعد الالتصاق لاتؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها ، وهــذا الأمــر هو ما أفصحت عنه المواد ٩٢٢، ٩٢٤، ٩٢٥ من القــانون مــن الــنص بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض ، ومن ثم فإن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لا يملكها البانى استنادا إلى قواعد الالتصاق" .

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٨)

٣- " الالتصــاق – طبقا لما تقضى به القواعد العامة – واقعة يرتــب القــانون عليها مركزا قانونيا هو اكتساب صاحب الأرض ملكــية ما يقام عليها من مبان وغراس ما لم يتفق على خلاف ذلك، ولمــا كــان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن عقد إيجار الأرض الفضــاء قــد صرح فيه المستأجر إقامة مبان عليها تؤول

ملكيتها للمؤجر ، وهو لا يعدو أن يكون ترديدا للقواعد العامة والتزاما بحكمها ، فإن مؤدى ذلك أن المؤجر يكتسب ما أحدثه المستأجر من مبان منذ إنشائها والتصاقها بالأرض المؤجرة، ويكون الاتفاق على تعليق أيلولة المبانى على إنهاء العقد مجرد إرجاء لتسليمها دون تعليق اكتساب المؤجر لملكيتها التى تحققت منذ الإنشاء والالتصاق " .

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧)

٤- " الأصل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام عليها من مبان بحكم الالتصاق مقابل تعويض من إقامها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الخصوص" .

(طعن رقم ٨٠٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٢/١٦)

(وانظر أيضا الأحكام المنشورة بالبند التالى) .

١٥٧- إثبات عكس القرينة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة :

القرينة التى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة وهى أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الارض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له ، قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها .

إذ نصـــت الفقرة الثانية من المادة على أن " ويجوز مع ذلك أن يقـــام الدلـــيل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجــوز أن يقـــام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشـــآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها " .

فقد ألقت الفقرة المذكورة عبء إثبات عكس القرينة المنصوص علـــيها بالفقـــرة الأولى من المادة على الأجنبى الذى يدعى العكس وأتاحت له إثبات ما يأتى :

١- أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته .

٢- أن مـــالك الأرض قـــد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل.

٣- أن مـــالك الأرض قـــد خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها .

ويلاحـــظ أن هذه الفقرة لم تعرض لكل الحالات التى يثبت فيها عكس القرينة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى ، فلم تعرض مثلا لحالـــة مالك الأرض الذى أقام المنشآت بمواد مملوكة لغيره. ولهذا كان يحسن الاكتفاء بالنص على جواز إثبات العكس [١].

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧ هامش (١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعــد أن قررت المادة ١٣٥٧ قرينة فى صالح مالك الأرض هــى أنه مالك ما فوقها وما تحتها ، أصبح عبء الإثبات على من يدعــى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت، فــلا تخلــو الحــال من أحد فروض ثلاثة : إما أن يكون صاحب الأرض هــو البانى بأدوات غيره ، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره "[1].

فــإذا أثبت ذلك فإنه تنفصل ملكية البناء أو الغراس أو المنشآت عن ملكية الأرض ، وحينئذ تطبق أحكام الالتصاق .

كمــا أن للأجنــبى أن يثبــت أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشــآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها.

وفــى هــذه الحالة يكون هناك اتفاق على مصير هذه المنشآت ويجب إعمال هذا الاتفاق ، ويمتنع التحدى بأحكام الالتصاق .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٣٣٠.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وإن كان الأصل – طبقا لنص المادة ١/٩٢٢ من القانون المدنـــى- أن كـــل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشـــآت أخرى يكون ملكا لمالك الأرض إلا أنه يجوز إثبات عكس ذلـــك إذ نصت الفقرة الثانية من المادة المشار إليها على أنه يجوز مـــع ذلـــك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٢- " يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدنى- وعلى ما جـــرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى مـــنه قريـــنة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها مـــن بـــناء أو غـــراس أو منشـــآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وإنه هو الذى أنشأه على نفقته فيكون مملوكا له ، غير أن هـــذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبى أن يثبـــت أن هـــناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامـــة منشـــآت وتملكهـــا وفى هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٦/١٧)

٣- " مفـــاد نــص المـــادة ٩٢٢ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى قرينة لصالح الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحتها وإجازته فى الفقــرة الثــية للأجنــبى أن يثبت عكس القرينة فإن أثبت أنه أقام المنشآت من ماله ، ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك المـــالك هــذه المنشـــآت بالالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقا للأحكـــام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص وإن أثبت أنه خول مـــن المـــالك فى إقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدى عندئذ بقواعد الالتصـــاق . ولما كان الثابت من الحكم المؤيد بالحكم المطعون فيه ومن هذا الأخير حملها القضاء بتثبيت الملكية إلى البناء على مجرد إقامـــة المـــبانى له من ماله على أرض لا يملكها غير كاشفين عن اتفـــاق مـــع مالكة الأرض مؤد ، مما يخالف قواعد الالتصاق فما ترتـــبه مـــن تملك مالك الأرض لما قام عليها من بناء لقاء تعويض البانى الأمر الذى يعيب الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون " .

(طعن رقم ٣١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٣)

٤- " مـــؤدى النص فى المادة ٩٢٢ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى مـــنه قريـــنة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها مـــن بـــناء أو غـــراس أو منشـــآت أخرى يعتبر من عمل صاحب

الأرض وأنــه هو الذى أنشأها على نفقته فيكون مملوكا له ، إلا أن هــذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفــاق مع صاحب الأرض ، فإذا نجح فى إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشــآت بالالتصاق مقابل أن يعوض البانى وفقا للأحكام الــتى أوردها المشرع فى هذا الخصوص ، كما يجوز للأجنبى أن يثبــت أن هــناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامــة المنشآت وتملكها ، وفى هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق " .

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٨)

٥- " الــنص فــى الفقــرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى على أنه " كل ما على الأرض وتحتها من بناء أو غراس أو منشــآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكــون مملوكا له " ، يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضــى بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها وما تحــتها مــن بــناء أو غراس أو منشآت أخرى ، فلا يطالب مالك الأرض بإقامــة الدليل على ملكيته للمنشآت . وتستند هذه القرينة القانونــية إلــى مبدأ عام تقرره المادة ٢/٨٠٣ من القانون المدنى ، بأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وتحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بهــا علوا أو عمقا ، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس.

إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ سالفة الذكر على أنه "ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشـآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكهـا، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخـير تملك المنشآت التى يقيمها على الأرض ، وفى هذه الحالة لايكـون هناك محل لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، وتـبقى الأرض منفصـلة عن ملكية ما فوقها من منشآت ، وهو ما أجازتـه المـادة ٣/٨٠٣ من القانون المدنى. لما كان ذلك ، وكان الثابت من عقود الإيجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأول للطاعـنة والمسـتأجرين السـابقين لهـا أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مبانى عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق إزالتها والاسـتيلاء علـيها ، كما لايصح إيداؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكـه وهـو صـاحب الأرض أى مالكها ، ولما كان حق ملكية العقـار- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لاينتقل فيما بين المتعاقديـن ولا بالنسـبة للغـير إلا بالتسـجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشترى لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ، ولايسوغ له ترتيبا على ذلـك طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المبانى التى يحدثها الغير فى الأرض التى اشتراها بعقد غير مسجل " .

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٨)

٦- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى على أن " كل ما على الأرض وتحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخــرى . يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامة على نفقته ويكون مملوكــا له " . يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بــأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها وما تحتها مــن بــناء أو غراس أو منشآت أخرى ، فلا يطالب مالك الأرض بإقامة الدليل على ملكيته للمنشآت . وتستند هذه القرينة القانونية إلى مــبدأ عــام تقــرره المادة ٢/٨٠٣ من القانون المدنى، فإن ملكية الأرض تشــمل مــا فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علــوا أو عمقا ، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ سالفة الذكر على أنه ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجــوز أن يقــام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشــآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكهــا، كان يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخــير تملك المنشآت التى يقيمها على الأرض . وفى هذه الحالة لايكــون هــناك محل لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة ٣/٨٠٣ من القانون المدنى . لما كان ذلك ، وكان

الثابت من عقود الإيجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأول للطاعــنة والمســتأجرين الســابقين لهــا أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مبانى عليها تكون مملوكة لهم ، ولهم حق إزالتها والاستيلاء عليها ، كما ثبت من عقود الإيجار من الباطن الصادرة مــن الطاعــنة لشركة مصر للبترول أنها تملك تلك المنشآت ، فإنه لامحل للتحدى بأحكام الالتصاق . ولايعيب الحكم إغفاله تطبيقها " .

(طعنان ٦٣٥، ٦٤٠ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧)

٧- " الــنص فى المادة ٩٢٢ من القانون المدنى يدل على أنه يجــوز للأجنــبى إقامــة الدليل على أنه أقام ما على الأرض من منشــآت علــى نفقته وتملكها بعد أن خوله مالك الأرض الحق فى إقامــتها فــإذا تمسك من أقام تلك المنشآت بأن المالك خوله إقامتها علــى نفقــته وتملكها وطلب تمكينه من إثبات ذلك بشهادة الشهود وخلــت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفى لتكوين عقيدة المحكمة فى شأنه بما يغنى عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب فإذا لم تعرض له كان حكمها مشوبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع ".

(طعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٨)

٨- "لما كانت المادة ٩٢٢ من القانون المدنى بعد أن نصت فى فقرتها الأولى على أن ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان

أجـــازت الفقرة الثانية منها للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها وإذ كان ســند هــذا التخويل لا يكون إلا تصرفاً قانونياً فإن ملكية المنشآت لاتنتــقل إلـــى الـــبانى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنمـــا بتسجيل هذا الترخيص لأنه قبل ذلك لايكون البانى مالكا لما يقيمه من مبان لأن حق القرار الذى يخوله الارتكاز ببنائه على تلك الأرض التى لايملكها هو حق عينى لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكـــم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى الصادر برقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ إلا بالتسجيل أما قبله فإن ملكية المنشآت تكون لمالك الأرض بحكم الالتصاق وفقا للقانون ".

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ٢٥/١١٠/١٩٩٤- غير منشور)

١٥٨ـ كيفية إثبات عكس القرينـــة :

للأجنـــبى إثبات عكس القرينة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة طبقا للقواعد العامة . فإذا كان أساس الملكية التى يدعيها الأجنـــبى تصرفا قانونيا ، تعين عليه إثباته بالكتابة إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه عملا بالمادة ٦٠ من قانون الإثبات .

ومثل ذلك أن يدعَى الأجنبى وجود اتفاق بينه وبين صاحب الأرض يخوله ملكية المنشآت أو يخوله الحق فى إقامة المنشآت وتملكها .

أما إذا كان أساس الملكية واقعة مادية كان له إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ، ومثال ذلك أن يدعى الأجنبى أنه هو الذى أقام البناء أو الغراس أو المنشآت على نفقته[1].

---

(١) السنهورى ص ٣٥١ - رمضان أبو السعود ص ٢٠٩ - عبد المنعم الصده ص٣٧٢ - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٩٤ إذ يجيز الإثبات بكافة الطرق فى الحالتين .

مــادة (٩٢٣)

١- يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غــراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكــن ممكــنا نــزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جســيم، أو كـــان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خـــلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت .

٢- فــإذا تملــك صـــاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه. أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض .

الشرح

١٥٩- المنشآت التى تخضع لأحكام الالتصاق :

يشــترط لخضــوع المنشــآت لأحكــام الالتصــاق عامة توافر الشروط الآتية :

١- أن يكـــون البناء أو الغراس أو المنشآت من المستحدثات ولـــيس مجـــرد تحســـينات . من المتفق عليه أن أحكام الالتصاق لاتســـرى على أعمال التحسينات ، بل تسرى على المنشآت الجديدة أى تلـــك الـــتى تكون متميزة بذاتها مستقلة بكيانها . وقد تكون تلك

المنشـــآت الجديـــدة مستقلة بذاتها كبناء يقام على أرض فضاء ، أو زرع أشـــجار فـــى أرض زراعية أو تنطوى على إضافات تكون بذاتهـــا إنشـــاء جديـــدا متمـــيزا فى كيانه بحيث يمكن نزعه على استقلال.

ولايعتـــبر من قبيل الإنشاء الجديد مجرد الإضافات إلى منشآت قائمـــة طالما أن تلك الإضافات لاتكون فى ذاتها كيانا متميزا . فلا تســـرى أحكـــام الالتصاق على مجرد الإضافة إلى منشآت كان قد أقامهـــا المـــالك فـــى أرضه ولكنه لم يتمها ، مثل بناء سقف على جدران سبق وأن أقامها المالك .

إنما يعتبر من قبيل المنشآت الجديدة إضافة طبقة جديدة أو عدة طـــبقات إلـــى مـــنزل قائم إذ أن هذا العمل يعتبر من قبيل الإنشاء فيخضع لأحكام الالتصاق [١].

وواضـــح ممـــا تقدم أنه يجب أن تتحد المنشآت بالأرض ، أى تصبح عقارا بطبيعته . فلا يكفى مجرد تخصيصها لخدمة العقار إذا لـــم تلتصـــق بـــه وفى هذه الحالة الأخيرة ، أى حالة عدم التصاق الأدوات بـــالأرض، يجـــوز لمالك هذه الأدوات أن يستردها خلال خمـــس عشرة سنة من الحائز سئ النية ، ويجوز له استردادها من

---

(١) محمد على عرفه ص ٨٠ وما بعدها – عبد المنعم الصده ص ٣٩٢ .

الحائز حسن النية إذا كانت مسروقة أو ضائعة ، خلال ثلاث سنين من يوم السرقة أو الضياع [١].

والمفــروض بطبيعة الحال أن تكون المواد المملوكة للغير مما يســتعمل فى تشييد المنشآت التى أقامها صاحب الأرض . فإذا كان الــذى أقامه صاحب الأرض بناء وجب أن تكون المواد من أدوات البــناء . فــإذا لم تكن كذلك ، كأن كانت تمثالا أو أثرا ثمينا أدخله صــاحب الأرض فـــى البناء ، فإنه لايتملكه بالاتصاق ، بل يجب نــزعه فـــى أىوقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك ، ولو ترتب على نزعه ضرر جسيم للبناء [٢].

علـــى أن هذه الحالة لاتعرض إلا نادرا ، وذلك لأن الغالب أن يــتملك صاحب الأرض المواد بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول. فــالحكم الذى نحن بصدده لا يكون له مجال إلا حين يثبت صاحب المــواد أن ملكيتها لم تنتقل إلى صاحب الأرض لعدم توفر شروط هذه القاعدة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومفــروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء ، أمــا إذا كان قد أدخل فى بنائه تمثالا أو أثرا معينا أو نحو ذلك مما

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٩٩ - السنهورى ص ٣٥٧ .

(٢) عبد المنعم الصده ٣٧٣ - محمد كامل مرسى ص ٩٨ ومابعدها .

لايعتــبر من أدوات البناء ، فلا يملكه بالالتصاق مطلقا ، بل يجب نــزعه فى أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك ، ولو بعد السنة ، بل ولو أحدث النزاع ضررا جسيما للبناء " [١].

والأعمــال الــتى تكون من قبيل أعمال الحفظ أو الترميمات أو الإصــلاحات أو التحسينات، لا تعتبر منشآت بالمعنى المقصود فى هــذا المقــام . ومن أمثلتها : تقوية أساسات منزل ، وإبدال أشجار صــالحة بأخــرى ميتة ، وأعمال الرى والصرف ، وترميم سقف وإصلاح دورة مياه وبياض الجدران ، وطلاء الأبواب والنوافذ .

وقد ذهب رأى إلى أن هذه الأعمال تسرى عليها أحكام الإثراء بــلا سبب أو الفضالة بحسب الأحوال ، وإذا كان البانى حائزا فإنه تســرى علــيها القواعد المقررة لاسترداد الحائز المصروفات طبقا للمواد ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢ ، مع ملاحظة أن المادة ٩٨٠ قد أحالت - بالنســبة للمصــروفات النافعة- إلى قواعد الالتصاق الواردة فى المادتين ٩٢٤، ٩٢٥ مدنى [٢].

أمــا الرأى الغالب فيذهب إلى تطبيق القواعد الخاصة باسترداد الحائــز للمصــروفات فــى جميع الأحوال أيا كان نوع التحسينات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٣٠.

(٢) عبد المنعم البدرلوى ص ٥٢ .

ضرورية أو نافعة أو كمالية [1]، لأن المادة ٩٨٠ قد جاءت بأحكام خاصـــة تـــتعلق بالمصـــروفات من شأنها أو تستبعد تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب أو الفضالة ، فالخاص يقيد العام [2].

والـــراجح أن تقدير ما إذا كانت الأعمال تعتبر من المستحدثات أم مجـــرد تحســـينات ، تعتبر من مسائل القانون التى يخضع فيها قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض . ويستند هذا الاتجاه إلى أنه بالـــرغم مـــن أن التمييـــز بين البناء الجديد أو المستحدثات ومجرد التحســـينات ، يبدو للوهلة الأولى مسألة واقع إذ يعتمد على مسائل فنـــية يكـــون تقديـــرها بالرجوع إلى فنون وأصول البناء أكثر من الـــرجوع إلـــى مســـائل القـــانون ، إلا أن القول بأن الأعمال من المســـتحدثات أو من التحسينات يعنى الاختيار بين نظامين قانونيين مختلفيـــن . ولهـــذا فإن المسألة تتعلق بالتكييف والوصف القانونى للأعمال ، ومن ثم فهى مسألة قانون [3].

---

(١) محمـــد على عرفه ص ٨١ ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٢٩٨ – عبد المنعم الصده ص ٣٩٣– حسام الأهوانى ص ١٠٢.

(٢) الدكتور حسام الدين كامل الأهوانى الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية ص ١٠٢ .

(٣) حسام الأهوانى ص ١٠١ وما بعدها ونقض فرنسى ١٨٦٥/٦/٢٨ الذى أشار إليه بهامش (٢٤٢) من الصحيفة المشار إليها .

٢- أن تكون المنشآت قد أقيمت لكى تبقى على الدوام :

وقد نصت على هذا الشرط المادة ٩٢٩ مدنى بقولها :"المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، تكون ملكا لمن أقامها".

أنظر فى التفصيل شرح المادة (٩٢٩) .

٣- أن تكـــون المنشـــآت ممكنا نزعها ، وأن يكون فى نزعها فـــائدة لمن أقامها ويستنتج هذا الشرط من صياغة نصوص التقنين المدنى الجديد التى تجيز لصاحب الأرض أن يأمر الحائز سئ النية بإزالة المنشآت ، كما تخول من أقام المنشآت طلب نزعها فى جميع الحـــالات . فـــإذا كانـــت المنشآت غير قابلة لنزعها بحكم طريقة إنشـــائها، كمن ينشئ قنوات ومصارف لتيسير رى أرض زراعية، ومـــن يحفر بئرا أو ساقية لجلب المياه منها ، فإن مثل هذه المنشآت لاتخضع لأحكام الالتصاق [١].

ويستفاد ذلك من مجموع نصوص القانون المنظمة للالتصاق . فهى تخول مالك الأرض تارة طلب إزالة المنشآت ، وتسمح للبانى تـــارة أخرى بانتزاع ما أقامه من منشآت ، ومفاد ذلك أن المنشآت الخاضـــعة للالتصاق هى تلك التى تقبل لأن تنزع من الأرض، أما تلـــك الـــتى لايمكـــن فصلها عن الأرض ونزعها فلا تكون محلا للالتصاق .

---

(١) محمد على عرفه ص ٨١- محمد كامل مرسى ص ١٣٣ .

٤- أن تكون المنشآت نافعة للأرض التى أقيمت فيها :

يجـب أن تكون الأعمال أو المنشآت نافعة للأرض التى أقيمت فـيها. وبالرغم من أن تلك الصفة لم ترد فى النصوص إلا أنه من اليسـير استخلاصها ، فأحكام الالتصاق تواجه من جهة الزيادة فى قـيمة الأرض بسـبب مـا أقيم عليها من منشآت . وهذا يفترض بالضرورة أن تكون الأعمال نافعة للأرض وإلا ما كان هناك مبرر لتمليك صاحب الأرض لمنشآت لا تعود بأى نفع على أرضه .

ومـن جهة أخرى ، فإن المشرع فى تنظيمه لأحكام الالتصاق يحـرص قدر الإمكان على تفادى الاثراء بلا سبب، فالمشرع يقيم توازنـا بيـن مـا عـاد على المالك من تملكه للمنشآت بالالتصاق وتعويض البانى عما تكبده من نفقات وإذا لم تعد على مالك الأرض أى مـنفعة فإنـه يجـب استبعاد أحكام الالتصاق ، وإلا فإن إلزامه بـتعويض الـبانى يؤدى فىالواقع إلى حرمانه من الخيار بين قيمة الافتقار وقيمة الاثراء (١).

الصورة الأولى من صور الالتصاق :

١٦٠- البانى هو صاحب الأرض بأدوات غيره :

فـى هذه الصورة يقوم صاحب الأرض بإقامة البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى بمواد يملكها غيره .

---

(١) حسام الأهوانى ص ١٠٥ .

وفى هذه الحالة تجب التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون البانى حسن النية .

الحالة الثانية : أن يكون البانى سئ النية .

١٦١ـ الحــالة الأولى :

صاحب الأرض حسن النية :

إذا كان صاحب الأرض حسن النية وقت إلحاق المواد المملوكة لغــيره بعقاره ، أى كان معتقدا أن هذه المواد مملوكة له ، فإنه فى الغالــب يتملك هذه المواد بموجب قاعدة " الحيازة فى المنقول سند الملكية " وبالتالى فإنه لا يكون قد استعمل موادا مملوكة لغيره ، إذ يصــبح بمقتضى الحيازة مالكا لهذه المواد ، ولايكون فى حاجة إلى تطبيق حكم المادة ٩٢٣ مدنى .

غير أن صاحب الأرض يخضع لحكم المادة المذكورة ، إذا كان حســن النــية ولم يتوافر لديه السبب الصحيح ، وإنما كانت حيازته تقــوم علــى ســند ظنى لا وجود له فى الواقع ، كما إذا كان مالك المواد قد سلمها إلى صاحب الأرض بنية إيداعها عنده فتلقاها على أنهــا هــبة ، أو أنه وجدها ضمن تركة ورثها فظن أنها كانت ملكا لمورثــه بينما الواقع غير ذلك ، إذ لايمكنه فى هذه الحالة الاحتجاج بقاعدة " الحيازة فى المنقول سند الملكية " [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ٦٦ – السنهورى ص ٣٦٢– محمود جمال الدين زكى ص ٣٤٨ وما بعدها .

١٦٢ـ الحالة الثانية :

صاحب الأرض سئ النية :

يكـــون صــــاحب الأرض وقـــت إلحاقه المواد المملوكة لغيره بأرضه سئ النية ، إذا كان يعلم أن هذه المواد غير مملوكة له ، أو كــــان حسن النية ولكنه لم يتوافر لديه السبب الصحيح ليتملك المواد بالحيازة على نحو ما سلف ونبين حكم هذه الحالة فيما يلى .

١٦٣ـ حكـم المنشـآت الـتى يقيمها البانى على أرضه بسوء نيـــة:

يجوز لصاحب المواد طلب نزع المواد المملوكة له من الأرض علـــى نفقة صاحب الأرض إذا أقام الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى المنشآت .

فإذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق المنشآت ضرر جســـيم ، أو كــــان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال الميعاد المتقدم ، تملك صاحب الأرض هذه المواد بالالتصاق، وكان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان لها وجه .

وتعرض لهذه الأحكام بالتفصيل فيما يأتى .

١٦٤- (أ)- حق صاحب المواد فى المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها :

يجوز لصاحب المواد التى ألحقها صاحب الأرض بأرضه مطالبة صاحب الارض بنزعها من الأرض واستردادها إذا توافر شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون من الممكن نزعها دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم. فإذا كان صاحب الأرض قد بنى عليها منزلا مستعملا فى بنائه حجارة أو طوبا مملوكا لغيره ، فلا يتأتى نزع الحجارة أو الطوب إلا بهدم المنزل وهو ضرر جسيم تمتنع معه الاستجابة إلى طلب النزع .

أما إذا كان مالك الأرض قد استعمل أخشابا مملوكة للغير فصنع منها النوافذ والأبواب أو استعمل مواسيرا مدفونة ، أو أدوات صحية أو بلاطا ألصقه بالأرض مملوكا لغيره ، فإن ذلك جميعه يمكن نزعه دون حدوث ثمة ضرر جسيم ، وكذلك إذا أقام صاحب الأرض مشتل أشجار لم تمتد جذورها بعد امتدادا يضر بها عند نزعها .

ولم يعتد المشرع بالضرر الذى يلحق بالأرض من جراء نزع هذه المواد ، غير أن الفقه يرى أنه إذا ترتب على نزع المواد ضرر جسيم بالأرض لايتناسب مع الفائدة التى يحققها مالك المواد

من نزعها ، وجب عدم تلبية طلب النزع إذ يكون مالك الأدوات فى هذه الحالة مستعملا لحقه استعمالا غير مشروع ، وفقا للفقرة الثانية من المادة (٥) من القانون المدنى فلا يجاب إلى طلبه [١].

وتقديـــر ما إذا كان الضرر الذى يلحق المنشآت أو الأرض من نزع المواد جسيما أم لا مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع ، فهى مســألة مــتعلقة بــالواقع لا بالتطبيق القانونى ، ومن ثم فلا رقابة لمحكمة النقض على ذلك .

الشرط الثانى :

أن يــرفع صـــاحب المواد الدعوى بنزعها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت فى المنشآت .

وتحديـــد تاريخ العلم بإدماج المواد فى المنشآت مسألة واقعية، يجــوز إثــباتها بكافـــة طــرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، ولاتجوز المحاجة فيها أمام محكمة النقض [٢].

وهذه السنة ميعاد سقوط ، لا مدة تقادم ، فلا يرد عليه وقف ولا انقطاع [٣].

---

(١) محمـــد علـــى عــرفه ص ٦٧ – السنهورى ص ٣٦٣– الدكتور حسام الأهوانى الحقوق العينية الأصلية ص ٤٧ .

(٢) محمد على عرفه ص ٦٧ .

(٣) السنهورى ص ٣٦٦ هامش (١)– عبد المنعم الصده ص ٣٧٤– محمد لبيب شنب ص ٧٣ هامش (٢٣) .

وإذا قرر مالك المواد استردادها ورفع الدعوى بذلك خلال المدة المحـــددة ، فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض ، ولو كان حسن النية وقت استخدامها أى يعتقد أنها مملوكة له .

١٦٥- (ب)- تملك صاحب الأرض للمنشآت :

إذا لم يمكن نزع المنشآت التى أقامها مالك الأرض على أرضه دون أن يلحـــق هـــذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت ، تملك صاحب الأرض هذه المنشآت بالالتصاق .

وملكـــية صـــاحب الأرض للمواد تكون ملكية معلقة على شرط واقف ، وهو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى خلال السـنة ، وهـــذا الشـــرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات ، فهـــو يملكهـــا ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعـــوى الاســـترداد فى خلال السنة ، فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى خلال السنة ، أصبح صاحب الأرض مالكـــا بحكـــم الالتصاق للأدوات منذ إدماجها فى الأرض بفضـــل الأثـــر الـــرجعى لتحقق الشرط الواقف ، واعتبرت ملكية

صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ ادماجها فى الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ [١].

١٦٦ـ التزامات صاحب الأرض :

١ـ دفع قيمة المواد إلى صاحبها :

إذا تملك صاحب الأرض المواد بالالتصاق على نحو ما سلف، كان عليه أن يدفع قيمة المواد إلى صاحبها .

وتقدر هذه القيمة بالنظر إلى وقت استخدامها أى وقت اندماجها فى الأرض بصرف النظر عن قيمة شرائها . ويلزم صاحب الأرض بأداء هذه القيمة ، سواء كان حسن النية أو سيئها .

ولاتستند دعوى مالك المواد فى طلب قيمتها إلى الإثراء على حساب الغير ، بل إن مصدرها المباشر نص القانون . لأن من أسس دعوى الإثراء أن يكون التعويض بأقل القيمتين إذ تنص المادة ١٧٩ مدنى على أن : " كل شخص ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ... " أما هنا فصاحب الأرض يلتزم بدفع قيمة الأدوات كاملة ، أى بصرف النظر عن الثمن الذى اشتريت به .

---

(١) السنهورى ص ٣٦٦ – حسام الأهوانى ص ٤٨ وما بعدها – وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص ٧٣ وما بعدها فيرى أن ملكية المنشآت تظل لمالكها الأصلى حتى تنقضى السنة التى يجوز له استردادها خلالها .

ومن ثم فإن التزامه هذا يعتبر من الالتزامات التى تنشأ مباشرة عــن القانون وحده ، وبالتالى لايسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٣٧٤ مدنى [١].

ويجــوز للمحكمة أن تقضى بأن يكون الوفاء بالقيمة المستحقة علـــى أقساط دورية بشـــرط تقديم مالك الأرض للضمانات اللازمة (م٩٨٢ مدنى والتى أحالت عليها المادة ٩٢٧) [٢].

١ـ تعويض صاحب المواد :

ســـواء استرد صاحب المواد مواده ، أو تملكها صاحب الأرض بالالتصـــاق ، فإن مالك المواد يستطيع أن يطالب صاحب الأرض بتعويضه عن الضرر الذى أصابه نتيجة استخدام مواده .

ويقوم هذا التعويض على أساس المسئولية التقصيرية . فيشترط لاســتحقاقه ثبوت خطأ فى جانب مالك الأرض ، ولكن لايشترط أن يكــون هــذا الخطــأ عمديــا متمثلا فى استخدام المواد رغم علمه بملكيتها لغيره ، وأن مالكها لا يوافق على استخدامها . وإنما يجوز أن يكــون هــذا الخطأ غير عمدى أى إهمال . كما يجب أن يلحق صاحب المواد ضرر ، إذ الضرر مقياس التعويض .

---

(١) محمد على عرفه ص ٦٨ وما بعدها – السنهورى ص ٣٦٤ وما بعدها.
(٢) محمد لبيب شنب ص ٧٥ .

ويتحقق الضرر مثلا إذا أثبت مالك المواد أنه كان قد أعدها لإجراء إصلاحات عاجلة فى ملكه ، فاضطر إلى إرجائها بسبب تعدى صاحب الأرض عليها .

ويذهب رأى فى الفقه (١)- جدير بالاعتبار - إلى أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سئ النية أى يعلم أن الأدوات غير مملوكة له عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له، ويتفق هذا الرأى مع المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ١٧٠ مدنى التى كانت تدخل جسامة الخطأ فى جملة الظروف التى على القاضى أن يراعيها فى تقدير التعويض عن الفعل غير المشروع .

ولما كان مصدر التعويض هو العمل غير المشروع ، فإنه يتقادم بثلاث سنوات وفقا للقواعد العامة .

١٦٧- هل يجوز لمالك الأدوات استردادها إذا هدم البناء؟

إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق - على النحو السالف- فإنه لايجوز لصاحب المواد استردادها، إذا هدمت المنشآت لأى سبب من الأسباب ، ولو كان لم يتقاض حقه فى قيمة المواد أو التعويض المستحق له ، لأنه قد أسقط حقه فى استرداد هذه المواد، والساقط لايعود (٢).

---

(١) السنهورى ص ٣٦٤- وعكس ذلك جمال زكى ص ٣٤٨ .

(٢) محمد وحيد الدين سوار ص ٤٨٨ - عبد المنعم البدراوى ص ٥٧ ومابعدها- عبد المنعم الصده ص ٣٧٤ .

وقــد كان الحال خلاف ذلك فى القانون الرومانى. حيث كانت الأدوات تظــل علــى ملــك صـــاحبها وإنما يمتنع استردادها لأن انـــتزاعها يلحق بصاحب الأرض ضررا يفوق بكثير الضرر الذى يصــيب مالكهـــا . ومـــن ثم كان يعتبر الالتصاق مانعا فحسب من الاسترداد . فإذا ما هدم البناء وزال هذا المانع جاز لمالك الأدوات أن يطلب استردادها وقد أخذ بعض الفقهاء الفرنسيين بهذا الحل .

أمـــا الـــيوم فـــإن الشارع سواء فى فرنسا أو فى مصر يعتبر الالتصاق سببا مستقلا من أسباب كسب الملكية ، فإذا تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق خلصت ملكيتها له نهائيا [١].

---

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٧٤.

مـــادة (٩٢٤)

١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكـــة لغـــيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالـــة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلـــب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

٢- ويجـــوز لمـــن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لايلحق بالأرض ضررا، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة .

الصورة الثانية من صور الالتصاق :

١٦٨ـ البانى بأدوات من عنده فى أرض مملوكة لغيره بسوء نية :

تفـــترض هـــذه الصورة أن من أقام المنشآت كان يملك المواد المســـتخدمة فـــى ذلك ولكنه لم يكن يملك الأرض أى أن البانى أو الغـــارس أقـــام المنشـــآت أو الغراس بمواد مملوكة له فوق أرض مملوكـــة لغـــيره وذلك بسوء نية . وهذه الصورة الأكثر شيوعا فى العمل .

١٦٩ـ المقصود بسوء النية :

يكــون الــبانى أو الغــارس سئ النية إذا أقام البناء أو الغراس بمــواد مــن عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، وأنه ليس له الحق فى إقامة البناء أو الغراس.

ويســتوى مع هذا العلم الجهل الناشئ عن خطأ جسيم(١) فيعتبر ســئ النــية من يشترى من غير مالك إذا كان قد أهمل فى مطالبة البائع بتقديم سند ملكيته أو إذا أهمل فى فحص السند (٢).

وحســن النية مفترض طبقا للمبادئ العامة ويتعين من ثم على مــالك الأرض أن يقــيم الدليل على أن من أقام المنشآت كان سئ النــية. والعــبرة فى تقرير سوء النية بوقت إقامة المنشآت لا وقت حيازة الأرض ولا وقت رفع الدعوى (٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان الحكم المطعون فيه قد اطرح دفاع الطاعن بحسن نيــته فــى جمــيع الصور وانتهى إلى أنه قد قام عامدا بهدم عقار المطعــون ضــدها دون مسوغ وأقام بناءه على أرض ذلك العقار المملوكــة لغيره ، ودلل سائغا على علم الطاعن بإقامة البناء على

---

(١) منصــور مصطفى منصور ص ٢٩٠- حسام الأهوانى ص ٥٧- نبيل سعد ص ٣١٠ .

(٢) حسام الأهوانى ص ٥٧ .

(٣) محمود جمال الدين زكى ص ٣٥٠ - محمد وحيد سوار ص ٤٩٢ .

ملـــك الغير وسوء نيته فيما أقدم عليه ، وكان أمر العلم بإقامة البناء وثـــبوت حســـن نـــية من أقامه أو سوء نيته مما تستقل به محكمة الموضـــوع بـــلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضـــاءها فيه على أسباب سائغة تكفى لحمله فإن النعى على الحكم المطعون بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه يكون فى غير محله" .

(طعن رقم ٢٩٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٩)

٢- " الحائـــز الـــذى يقيم المنشآت على أرض مملوكة لغيره ، يفـــترض فـــيه أنـــه كـــان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت ، والمقصود بحسن النية فى تطبيق المادة ٢٩٥ من القانون المدنى أن يعـــتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشآت ، ولايلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض ، فإذا ادعى مالك الأرض أن البانى سئ النية ، فعليه حسبما تقضى به المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أن يقيم الدليل على أن البانى كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه أقامها دون رضاء مالك الأرض " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/١٥٧)

وتســـتقل محكمـــة الموضوع بتقدير حسن نية البانى فى أرض الغـــير أو سوء نيته بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفى لحمله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن أمر العلم بإقامة البناء على ملك الغير وثبوت حسن نية من أقامه أو سوء نيته مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفى لحمله " .

(طعن رقم ١٣٢٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠)

١٧٠ـ بناء المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى :

إذا بنى المالك فى أرضه ثم زالت ملكيته بأثر رجعى ، سواء كان مالكا تحت شرط فاسخ وتحقق الشرط بعد البناء . أو فسخ عقده أو أبطل بعد البناء . فمن المستقر عليه أن البانى يعتبر بانيا فى ملك الغير وتسرى عليه أحكام الالتصاق . حقا عندما قام البانى بالبناء كان مالكا ، فاحتمال تحقق الشرط الفاسخ أو الفسخ أو الحكم بالبطلان لا ينفى أنه المالك وقت البناء ولكن لما كان تحقق الشرط أو الفسخ أو البطلان يؤدى إلى زوال العقد بأثر رجعى ، فإن البانى يعتبر قانونا كأنه لم يتملك الأرض فزوال الملكية يرجع إلى تاريخ العقد نفسه . ولهذا فإنه وقت البناء يكون بانيا فى أرض الغير.

ولتحديد ما إذا كان البانى يعتبر حسن النية أم سئ النية ، فإن الأمـــر يختلف باختلاف سبب زوال الملكية بأثر رجعى على النحو التالى :

١- إذا كان سبب زوال الملكية هو تحقق الشرط الفاسخ . وكان تحقق الشرط الفاسخ لايرجع إلى خطأ المشترى فإنه يكون بانيا فى أرض غيره بحسن نية . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشترى فإنه يعتبر بانيا فى ملك غيره بسوء نية [١].

---

(١) الســـنهورى ص ٤٠٢ - محمد كامل مرسى ص ١٤٥ - وقارن حسام الأهوانـــى ص ٨٨ ومابعدهـــا فيذهب إلى أنه لا محل للتفرقة بين حسن النـــية وسوئها بحسب ما إذا كان الشرط قد تحقق بخطأ من المشترى أم بدون خطأ منه . فإذا كان الشرط قد تحقق بخطأ المشترى فلا خلاف فى أنه يكون عالما منذ ارتكابه الخطأ بتحقق الشرط ومن ثم يصبح من تلك اللحظة سئ النية . أما إذا كان تحقق الشرط لايرجع إلى خطأ المشترى أو فعلـــه فلا يكفى مجرد تحقق الشرط لاعتباره سئ النية بل يجب لذلك أن يعلـــم بـــتحقق الشـــرط أى بعدم أحقيته فى البناء لزوال ملكيته بأثر رجعى . فيجب اعتبار البانى حسن النية حتى إثبات علمه بتحقق الشرط، أمـــا العلـــم بوجـــود الشرط فى ذاته فلا علاقة له بسوء النية أو حسنها فالشـــرط يكون بحكم الاتفاق ومن ثم لابد وأن يكون المشترى على علم به (من هذا الرأى محمود جمال الدين زكى ص ٣٦٧) .

٢- إذ كـــان سبب زوال الملكية بأثر رجعى هو بطلان العقد ، فإن البانى يكون سئ النية إذا كان عالما وقت البناء بسبب البطلان، أما إذ كان لايعلم بسبب بطلان عقده كان بانيا حسن النية .

وإذا كان العقد قابلا للإبطال فإن البانى يكون سئ النية إذا كان سبب البطلان يرجع إليه كما لو كان مشتريا دلس على البائع فدفعه لإبـــرام الصفقة أو ناقص الأهلية وطلب هو البطلان . أما إذا كان ســبب البطلان مقرراً لمصلحة الطرف الآخر فلا يكون البانى سئ النـــية إلا إذا كان عالما بسبب البطلان وقت البناء . ولكن إذا كان الـــبانى بالـــرغم من علمه بسبب البطلان قد عول بناء على أسس معقولـــة على إجازة التصرف أو تصديق القضاء فإنه يعتبر حسن النية [1].

٣- إذا كان سبب زوال الملكية بأثر رجعى هو الفسخ .

ففـــى هـــذه الحالة يكون البانى سئ النية إذا كان يعلم أن ملكيته معرضـــة للفسخ أو وقع الفسخ نتيجة لتقصيره لعدم سداده الثمن أو جزءا منه [2].

---

(١) السنهورى ص ٤٠٠- حسام الأهوانى ص ٨٧- عبد المنعم الصده ص ٣٨٩ وما بعدها .

(٢) الســـنهورى ص ٤٠٠ ومـــا بعدهـــا - عبد المنعم البدراوى ص ٧١- محمود جمال الدين زكى ص ٣٦٦ وما بعدها - وقارن حسام الأهوانى ص ٨٧ ومـــا بعدها ، فيذهب إلى أن هذا الرأى يخلط بين الخطأ وسوء

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نـــص المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل على أن فسخ العقد اتفاقـــا أو قضـــاء يترتـــب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد وإذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشـــترى المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشترى، فإذا

النـــية . فالفسخ إذا كان جزاء لخطأ عقدى ارتكبه المشترى ، فلا يجب إغفـــال أن الفســـخ يفـــترض أن عقدا صحيحا قد أبرم وتم تنفيذ أغلب الالتزامات الناشئة عنه كالتسليم وإتمام التسجيل الناقل للملكية ، ومن ثم فـــإن البناء فى الأرض يصعب اعتباره دائما بسوء نية حتى ولو قضى فيما بعد بالفسخ ، ولذلك يرى أن البانى لايكون سئ النية إلا إذا كان يعلم وقـــت البـــناء بسبب الفسخ أى بعدم قدرته على الوفاء ولأن مصير العقد الفســـخ . أمـــا إذا كان ميسور الحال وقت البناء ويتوقع بناء على أسس معقولـــة قدرته على الوفاء عند حلول الأجل فإنه يعتبر حسن النية حتى ولو تغيرت الظروف بعد البناء وفسخ العقد لعدم الوفاء بكامل الثمن فى الأجل المحدد . ويستطرد أن هذا الرأى يتفق مع ما يقصده المتعاقدان ، كمـــا يـــتلاءم مع الظروف العملية . فلا يمكن أن يعتبر المشترى بثمن مؤجـــل ســـئ النية لمجرد أنه قد بنى فى ملكه قبل أن يسدد باقى الثمن الـــذى لم يحل أجله بعد . والقول بغير ذلك يؤدى لحرمان المشترى من اســـتغلال ملكـــه قبل الوفاء بكامل الثمن . فالخشية من عدم سداد باقى الثمن واعتباره بانيا سئ النية إذا ما فسخ وتملك البائع للبناء مقابل قيمة مستحقة الإزالة ، تجعل المشترى يحجم عن البناء . بل إن عدم البناء قد لايـــتفق مـــع نية الأطراف إذا ما كان البناء والتصرف فيه قد أخذا فى الاعتـــبار لتمكيـــن المشترى من الحصول على المال اللازم لسداد باقى الثمن ، وهذا ما يحدث عادة عند بيع الأرض لبنائها

كـــان المشترى قد أقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية مـــادام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة ٩٢٤ من القانون المدنى التى تنص على أنـــه " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكـــة لغـــيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالـــة المنشـــآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلـــك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت مقابل دفـــع قيمـــتها مســـتحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بســـبب هـــذه المنشآت ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نـــزعها إن كـــان ذلك لايلحق بالأرض ضررا ، إذا اختار صاحب الأرض أن يســـتبقى المنشـــآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك بالنســـبة لحق البائع فى طلب إزالة ما يكون المشترى قد أقامه من مبان على الأرض المبيعة أو استبقاؤه مع دفع المقابل ، وكذلك حق المشترى الذى أقام البناء على الأرض التى عادت ملكيتها إلى البائع بفســـخ العقـــد وبـــيان قـــدر المقابل الذى يستحقه عند إزالة البناء ولايتصـــور فـــى هـــذه الحالة إعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة والـــتى تفـــيد حق صاحب الأرض فى طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء ، ذلك أنه طالما أن العقد مازال قائما لم يفسخ فلا يتصور إلزام البائع بذلك القيد الزمنى عند

طلـــب الإزالة لأن ذلك لن يكون إلا بعد انحلال العقد ، ومن ثم فإن ذلـــك القـــيد الزمنى فى طلب الإزالة لايسرى فى حق البائع إلا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ العقد إذا كان البائع عالما بإقامة المنشآت قـــبل ذلك أو من تاريخ علمه بإقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ وفى جميع الأحوال فإن حق البائع فى طلب الإزالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم إذا كان ذلك فإنه يكون غير منتج النعى علـــى الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون إذا احتسب مدة السنة من تاريخ علم المطعون عليها، بإقامة المنشآت قبل فسخ العقد طالمـــا أنـــه انتهى صحيحا إلى رفض الدفع بسقوط حقها فى طلب الإزالة ".

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥)

١٧١ـ البائع الذى يقيم بناء بالأرض المبيعة قبل التسجيل :

ذهبت محكمة النقض فى قضاء قديم لها إلى أن البائع الذى يقيم بـــناء بالأرض المبيعة قبل التسجيل ، ثم تم التسجيل وانتقلت الملكية إلى المشترى ، يعتبر كأنه أحدث هذا البناء فى أرض مملوكة لغيره، ويعـــامل معاملـــة من أقام بسوء نية بناء فى أرض مملوكة لغيره ، ويخضع لحكم المادة ٩٢٤ مدنى .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

١- " البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم ، قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشترى يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره يفصل فى أمرها قياسا على حالة من أحدث غراسا أو بناء فى ملك غيره " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

٢- " إذا رفع المشترى دعواه على البائع بطلب تثبيت ملكيته للعين المبيعة وتسليمها إليه بما عليها من مبان وقضت له المحكمة بطلباته وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع الذى يمتنع عن تسليم العقار المبيع ويبنى فيه قبل تسجيل عقد البيع مع مطالبة المشترى له بنقل الملكية يعتبر كالبانى فى ملك غيره ولايحق له لسوء نيته، حبس البناء لاستيفاء مصاريفه ، ثم رفع البائع علىالمشترى دعواه بطلب قيمة تكاليف البناء كاملة فقضت له المحكمة بطلبه وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع إذا بنى قبل تسجيل عقد البيع كان حسن النية فى هذا البناء لاعتقاده أنه يبنى فى أرض مملوكة له وأن

هــذا الاعــتقاد يرفع عنه سوء النية الخاص الذى يشترطه القانون لتطبيق الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٦٥ من القانون المدنى ، فــإن هـــذا الحكــم يقــع مخالفا للحكم السابق الحائز قــوة الشئ المقضى به " .

(طعن رقم ١٣٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

غير أن الوضع أصبح مختلفا بعد صدور قضاء أحدث لمحكمة الــنقض بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٩ فى الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ق، بتاريخ ١٩٧٩/١/٢٤ فى الطعن رقــم ٨٠ لسنة ٤٥ ق ، بتاريخ ١٩٨١/١/٢٨ فى الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٥٠ق (١)، ذهبت فيه إلى أن الملكــية فى العقارات لاتنتقل بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، وأن البــناء الذى يقيمه المشترى بعقد لم يسجل على الأرض المبيعة هو ملــك للبائع بالالتصاق ، وتطبق قواعد الالتصاق بحسن النية . مما ينبنى عليه,أن البناء الذى يقيمه البائع على الأرض التى باعها بعقد غــير مسجل يضحى مملوكا له ، فهو لا يعتبر بانيا فى ملك الغير. ومــن ثــم فإن أحكام الالتصاق لاتنطبق فى هذه الحالة وإنما يجب تطبيق القواعد العامة التى بمقتضاها يكون البائع ببنائه فى الأرض المبــيعة قــد أخــل بالــتزامه بتسلم الأرض بحالتها وقت التعاقد ، وبالــتالى يكــون للمشترى أن يطالب بالإزالة كجزاء لإخلال البائع

---

(١) الحكم منشور فى شرح المادة ٩٢٥ .

بالتزامه . فإذا لم يطلب المشترى الإزالة فله أن يطلب التعويض إن كان له محل ، ويكون للبائع أن يرجع على المشترى بخصوص هذه المبانى طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) "عقـد البيع غير المسجل ، وإن كان لايترتب عليه نقل ملكـية العقار المبيع إلى المشترى إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسـليم المبيع ، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فـى حيازة المشترى ، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار " .

(ب)- " اسـتناد الحكـم إلى عدم تسجيل العقد الذى اشترى به الطاعـنون الأرض وأن هذه الأرض لا تدخل فى سند ملكية البائع لهم ، لايدل بذاته على أنهم كانوا سيئ النية وقت إقامة المنشآت لأن العـبرة فـى هذا الخصوص بأن يعتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشـآت لمـا كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور وفساد فى الاستدلال" .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/١٧)

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٣٢١ .

١٧٢- حكم البانى على أرض الغير بسوء نية :

وضـــع المشرع البانى أو الغارس بسوء نية على أرض الغير، تحــت رحمة صاحب الأرض جزاء له على سوء نيته وتعديه على ملك الغير . **فأجاز للمالك أن يطلب أحد أمرين :**

١- أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه .

٢- أن يطلـــب اســتبقاء المنشـــآت مقــابل دفع قيمتها مستحقة الإزالـــة، أو بدفـــع مــبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشـــآت كمـــا أجـــاز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

١٧٣- (أ)- طلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها :

يجــوز لصاحب الأرض أن يطلب إلزام البانى بإزالة المنشآت التى أقامها على أرضه وعلى نفقته .

ويثبـــت لصـــاحب الأرض الحـــق فى هذا الطلب بوصفه مالكا بصرف النظر عن قيمة المنشآت بالنسبة للأرض [١].

كما يعد ذلك تطبيقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية، لأن إقامـــة المنشآت على أرض الغير اعتداء على ملكيته ، ويعتبر خطأ

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٧٦ .

عمديـــا لأن من أقامها بحسب الفرض ، كان سيئ النية يعلم أنه يقيم منشآت فى أرض غيره دون رضاه وليس له الحق فى إقامتها [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا اقتصـــر مدعـــى ملكـــية الأرض علـــى طلب تثبيت ملكه المغتصـــب وتسليمه له خاليا مما يشغله به المدعى عليه من البناء ، تاركا له رفع أنقاض بنائه وغير منازع له فيها ولا مدع لنفسه الحق فى شئ منها ، فطلبه الإزالة يكون طلبا متفرعا حتما عن ثبوت حقه فى الملكية .... الخ " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/١١/١٥)

غير أن المادة قيدت طلب الإزالة بقيد زمنى هو ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت . فإذا سكت ولم يطلب الإزالة فى ميعاد سنة يسقط حقه فى طلبها [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٥ وما بعدها .

(٢) ويـــرى البعض أن ذلك يكون بمثابة اختيار ضمنى من صاحب الأرض لاستبقاء المنشآت (تعليق الدكتور السنهورى فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣١٨)- محمـــد على عرفه ص ٧٢ – وعكس ذلك عبد المنعم الصده ص ٣٧٧ هـــامش (١) فيذهـــب إلى أن هذه السنة مدة سقوط فرضها الشارع لكى يباشر خلالها صاحب الأرض حقه فى طلب الإزالة حتى لايظل مصير المنشـــآت معلقا مدة طويلة ، ومن ثم فإن انقضاءها لايفيد حتما اختيارا ضمنيا لاستبقاء هذه المنشآت .

وفــى هــذا تحســين لمركز البانى سئ النية عما كان عليه فى القــانون القديم حيث كان لصاحب الأرض حق طلب الإزالة فى أى وقت دون قيد أو شرط .

والمقصــود بعــبارة " أن يطلب إزالة المنشآت .... وذلك فى مــيعاد ســنة .... الخ " ، هو رفع الدعوى ، ولذلك لايعتبر ميعاد الســنة مرعيا إلا إذا رفع صاحب الأرض دعواه بالإزالة خلال مدة ســنة ، فلا يكفى لمراعاة ميعاد السنة إبداء الرغبة فى الإزالة بأى طريق آخر ، ولو كان كتابا مسجلا [١].

وقــد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض فى حكمين لها ذهبت فيهما إلى أن :

١- " نصــت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٣ من القانون المدنى على أنه " يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غــراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن

---

(١) نبيل سعد ص٣١١ – سعيد عبد السلام ص ٢٩٨ هامش (٥) – الدكتور ســعيد جبر أسباب كسب الملكية ١٩٩٦/١٩٩٧ ص ٣٠ هامش (١) – وعكــس ذلــك الســنهورى ص ٣٨٠ هامش (٢) – البدراوى ص ٦٢ فــيريان أن المادة لم تشترط للمطالبة بالإزالة أن تكون برفع الدعوى ، وعلى ذلك يمكن إبداء الرغبة فى الإزالة بأى شكل ، والمسألة فى النهاية تكــون مسألة إثبات والسند فى ذلك ما يوجد من خلاف بين نص المادة ٩٢٤ ونــص المــادة ٩٢٣ الخاصة بالبناء بأدوات الغير حيث اشترط القــانون رفع دعوى باستردادها فى ظرف سنة أما المادة ٩٢٤ فلم يرد فيها ذكر لرفع دعوى.

ممكـنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من الـيوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت ..." ونصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المذكور على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغــيره دون رضـــاء صـــاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشـــآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فـــى مـــيعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت.." وكلمة "يطلـــب " الواردة بهذا النص تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو " رفع الدعوى " . وقد عبر القانون المدنى فى العديد من نصوصـــه بكلمـــة " يطلب" قاصدا بها المطالبة القضائية باعتبارها الوســيلة القانونـــية التى يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء لـــيعرض علـــيه ما يدعيه طالبا الحكم له به ، هذا إلى أن صياغة عجـــز الفقـــرة الأولى من المادة ٩٢٤ بالجمع بين الحق فى طلب الإزالـــة والحـــق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعـــنى " الطلـــب" وهو " رفع الدعوى " وإلا جاز القول بأنه يكفى مجـــرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجـــة للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو مالايسوغ ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مرعيا ، إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء ، وإلا يسقط الحق فيه " .

(طعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٧)

٢- "طلب المالك إزالة المنشآت التى يقيمها الغير على نفقة من أقامهـــا وجـــوب رفع الدعوى قبل انقضاء سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت م. ١/٩٢٤ مدنى . لايكفى مجرد إبداء الرغبة فى الإزالة خلال الميعاد ".

(طعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٨/٥/١٧)

٣- " لئـــن نصـــت الفقـــرة الأولى من المادة ٩٢٣ من التقنين المدنى على ان " يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء او غراس او منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لـــم يكـــن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم او كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سـنه مـــن الـــيوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشات..." ونصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من ذات التقنين علـــى أنه " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على ارض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالـــة المنشـــآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ..." إلا أن كلمـــة " يطلـــب " الواردة بهذا النص تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو (رفع الدعوى) وقد عبر التقنين المدنى فى الجديـــد من نصوصه بكلمة (يطلب) قاصدا بها المطالبة القضائية

باعتـــبارها الوسيلة القانونية التى يلجأ بمقتضاها صاحب الحق الى القضـــاء لـــيعرض عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به ، هذا إلى أن صـــياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ بالجميع بين الحق فى طلـــب الإزالـــة و الحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المـــراد بمعنى (الطلب) وهو (رفع الدعوى) وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجـــة للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ، وعلـــى ذلـــك فـــلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا برفع طلب الإزالة الى القضـــاء وإلا ســـقط الحق فيه ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيـــد بـــالحكم المطعون فيه لاسبابه قد خالف هذا النظر بتفسيره كلمـــة (يطلـــب) الواردة فى المادة ٩٢٤ من التقنين المدنى بأنها تعـــنى مجرد الرغبة فى الإزالة ولو بشكوى تقدم إلى النيابة العامة فإنـــه يكون قد انحرف عن المعنى الذى تؤديه هذه الكلمة ، ويكون بالـــتالى إذ رفـــض علـــى هـــذا الأساس دفاع الطاعنة بسقوط حق المطعـــون علـــيه فـــى طلـــب الإزالة قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٥٣٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٦- غير منشور)

٤- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدنى علـــى أنه : إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم

أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب إزالـــة المنشـــآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلـــك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت " يفيد أن لصـــاحب الأرض أن يطلـــب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة علـــى أرضه على نفقة من أقامها فإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقه فى طلبها ، كما يفيد أن كلمة " يطلب " الواردة فيه- وعلى ما جـــرى بـــه قضاء هذه المحكمة - تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المـــادة ٩٢٣ وهـــو رفع الدعوى ، وإذا كان من المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد ويـــبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشـــهر الـــذى ينـــتهى فيه الميعاد، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه اعتد بيوم ١٩٧٨/١/٣٠- تـــاريخ تحرير المحضر ١١٧٨ لسنة ١٩٧٨ إدارى الخانكة - فى إثبات علم المطعون ضده بإقامة المنشآت وشخص من أقامها ، وأن صـــحيفة الدعـــوى أودعت بتاريخ ١٩٧٩/٢/١ فى حين أن ميعاد الســـنة الذى يتعين طلب الإزالة خلاله ينتهى فى ١٩٧٩/١/٣٠ فإن طلـــب الإزالـــة يكون قد رفع بعد الميعاد، ويكون الدفع المبدى من الطاعن بسقوط الحق فيه فى محله ".

(طعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤- غير منشور)

وتبدأ مدة السنة التى يتعين رفع دعوى الإزالة خلالها من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها ، فعلمـــه بشـــخص من أقامها لازم حتى يتسنى له أن يوجه إليه طلب إزالتها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـــنص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدنى علـــى أنه " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنهـــا مملوكـــة لغـــيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلـــب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت" يفيد أن لصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة على أرضه على نفقة من أقامها ، فإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقـــه فى طلبها ولازم ذلك أن يكون عالما بشخص من أقامها حتى يتســـنى له من بعد ذلك أن يوجه إليه طلب إزالتها على نفقته على نحـــو ما صرح به صدر النص لأن العلم بإقامة المنشآت لايقتضى حـــتما وبطـــريق اللزوم العلم بمن أقامها ، ومن ثم فإن ميعاد السنة الـــذى يتعيـــن طلب الإزالة خلاله لايبدأ إلا من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها . إذ كان ذلك ، وكـــان الحكـــم المطعـــون فـــيه قد اعتد بتاريخ علم الطاعنة بإقامة

المنشـآت وأجرى ميعاد السنة منه ورتب على ذلك قضاءه بسقوط حقهـا فـى طلـب الإزالة دون أن يعنى ببحث تاريخ علمها بإقامة المطعون ضده الثانى للمنشآت ، وهو ما قد يتغير به وجه الرأى فى الدعـوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٣)

وحق المالك فى طلب الإزالة رخصة له ناشئة عن حق الملكية، وليس لغيره الحق فى استعمالها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية، لمـالك الأرض وحـده دون غـيره حق طلب إزالتها . م٩٢٤/١ مدنـى. القضاء لمشترى الأرض بعقد لم يسجل بإزالة تلك المنشآت خطأ فى القانون " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٣)

٢- " مؤدى ما نصت عليه المادة ٩٢٤/١ من القانون المدنى- وعلـى مـا جـرى به قضاء هذه المحكمة- أن الحق الذى قرره المشـرع فى طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغـير بسوء نية ، إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد

خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق فى استعمالها ".

(طعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠)

٣- " لما كان نص المادة ١/٩٢٤ من القانون المدنى يدل- وفقا لمـــا صرحت به فى صدرها – على أن الحق الذى يقرره المشرع فـــى طلـــب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بســـوء نية إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القـــانون لصـــاحب الأرض بوصـــفه مالكا وليس لغيره الحق فى اســـتعمالها ، وكانـــت ملكية العقار لاتنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنســـبة للغـــير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ".

(طعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٣- غير منشور)

كما قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كـــان الحكـــم المطعون فيه قد أثبت سوء نية الطاعنين فى إقامة المبانى وطبق على واقعة النزاع المادة ٦٥ من القانون المدنى القديـــم ، وكـــان المشـــروع قـــد خول مالك الأرض- وفقا لأحكام الالتصـــاق المنصوص عليها فى تلك المادة – الحق فى تملك البناء الـــذى يقيمه الغير فى أرضه دون رضاه وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب إيقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه . وكان الحكم المطعـــون فـــيه قد التزم هذا النظر ، وقضى بناء على طلب ملاك

الأرض- المطعـــون عليهم بإزالة المبانى التى أقامها الطاعنون فى أرضهم ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٨)

وإذا انقضت مدة السنة ، فإن المالك يفقد خياره ، ولايكون أمامه إلا تملـــك البناء طبقا لقواعد الالتصاق. وفى هذه الحالة يتم التملك بقـــوة القـــانون باعتبار أن الالتصاق من أسباب كسب الملكية التى لايحتاج إعمالا لإبداء الرغبة فى التملك [١].

١٧٤- (ب) — طلب التعويض :

يحـــق لصــــاحب البناء بالإضافة إلى طلب الإزالة ، أن يطالب بالـــتعويض عما أصابه من ضرر ، كأن تكون إقامة المنشآت سببا فـــى حـــرمانه من الانتفاع بالأرض مدة معينة أو يترتب على إزالة المنشآت ضرر بالأرض .

١٧٥- (ج)- طلب استبقاء المنشآت :

يجـــوز لصــــاحب الأرض بــــدلا من طلب الإزالة ، أن يطلب اســـتبقاء المنشــــآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

فـــإذا طلـــب صاحب الأرض استبقاء المنشآت ، أو مضت مدة الســـنة التى يجوز له خلالها طلب الإزالة دون رفع دعوى الإزالة،

---

(١) محمد على عمران ص ٧٩ – حسام الأهوانى ص ٦٥ .

فإنـــه يـــتملك المنشآت بالالتصاق . ولكى لايثرى صاحب الأرض بـــدون حـــق على حساب من أقام المنشآت ، ألزمه النص فى هذه الحالة إما بأن يدفع له قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

والمقصـــود بدفـــع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، هو احتساب قيمتها كما لو كانت أنقاضا بصرف النظر عن الثمن الذى اشتريت به، وعن أجرة العمال وغيرها من نفقات البناء أو الغراس [١].

أما المبلغ المساوى لما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت فيحسب كالآتى :

يقدر ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت .

ثم يقدر ثمن المثل للأرض بعد إقامة المنشآت .

ويكون الفرق ما بين الثمنين هو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت .

وعادة يستعين القاضى فى احتساب هذه الزيادة بأهل الخبرة .

---

(١) الســـنهورى ص ٢٧٦- محمد على عرفه ص٧٢ – عبد المنعم الصده ص ٣٧٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفـــاد نص المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ من القانون المدنى أنه إذا كـــان صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره فيجب التفريق بين ما إذا كان سئ النية أو حسن النية، فإذا كان سئ النية أى يعلم أن الأرض ليســـت مملوكة له وبنى دون رضاء صاحب الأرض ، كـــان لهــذا - إذا أثبـــت ذلك - أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعـــادة الشـــئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى مـــيعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت فإذا مضت سنة أو إذا لـــم يجـــر الإزالة تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ودفـــع أقـــل القيمتين قيمة البناء مستحقا الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بســـبب البناء . أما إذا كان البانى حسن النية بأن كان يعتقد أن الأرض مملوكـــة له - وهو أمر مفترض إلا إذا قام الدليل على عكسه- فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة ".

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١)

٢- " الـــنص فـــى الفقـــرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدنى على أن " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلـــب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو

دفـــع مـــبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت"- مفـــاده أن تملـــك صـــاحب الأرض للمنشآت التى يطلب استبقاءها بالالتصاق يكون مقابل تعويض صاحبها بأقل القيمتين المشار إليهما فـــى النص وهما : قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أى قيمة الأنقاض بعـــد استنزال تكاليف الهدم ، أو الفرق بين ثمن الأرض خالية من المنشآت وثمنها بعد إقامة المنشآت عليها باعتبار أن فرق الثمن هو ما زاد فى ثمن الأرض ، ولا مراء فى أن التعويض فى هذه الحالة وإن كـــان مصـــدره القانون، إلا أنه يمثل قيمة ما أثرى به صاحب الأرض بســـبب إقامـــة المنشـــآت ، وهو بهذه الصفة منبت الصلة بقواعـــد تقدير قيمة الدعوى عليها المنصوص عليها فى المادة ٣٧ مـــن قـــانون المـــرافعات والـــتى تهـــدف إلى وضع معيار لتحديد الاختصـــاص القـــيمى لمحـــاكم الدرجة الأولى ، ولمدى قابلية هذه الأحكام للطعن فيها .

(طعن رقم ٣٣٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٤- لم ينشر بعد)

والعـــبرة فى تقدير الزيادة فى القيمة بوقت استرداد العقار لأن المـــالك لايلـــزم إلا بدفع الزيادة التى يستفيد منها . ولذلك لاتحسب قيمة البناء الذى يهلك بحادث مفاجئ [1]، فهو يهلك على محدثه .

---

(١) محمد كامل مـــرسى ص ١١٧- السنهورى ص ٣٧٦ وما بعدها هامش (٣)- محمد على عرفه ص ٧٧ .

والزيادة الواجب دفعها هى الزيادة الناتجة من البناء أو الغراس، لا الزيادة الناتجة بسبب خارج عن عمل البانى ، فالزيادة العادية فى القـيمة الناشـئة لسـبب اتسـاع المدينة التدريجى ، لا تدخل فى التعويض الذى يجب على المالك دفعه (١).

وصاحب الأرض يختار أقل القيمتين ، والغالب أن تكون الأولى هى القيمة الأقل .

وبذلـك خرج المشرع فى خصوص هذا التعويض عن القاعدة العامـة فـى الإثراء بلا سبب التى نصت عليها المادة ١٧٩ مدنى وذلـك نظرا لسوء نية من أقام المنشآت فبمقتضى هذا القاعدة يلتزم المـثرى بـأقل قيمتى الافتقار والإثراء ، والزيادة فى ثمن الأرض تمـثل قيمة الإثراء ولكن قيمة المنشآت مستحقة الإزالة لاتمثل قيمة الافتقار، إذ أن قيمة الافتقار عبارة عن قيمة المواد وأجرة العمل(٢).

ويجـب أن يخصم من قيمة التعويض الذى يستحقه الحائز سئ النـية قيمة الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، فإن هـذه المنشـآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٧٢ - عبد المنعم البدراوى ص ٦٢- عبد المنعم الصده ص ٣٧٧ .

إدماجها فى الأرض ، والحائز يضع يده عليها وهو سئ النية فيكون مسئولا من الثمار ما حصله وما أهمل فى تحصيله (م٩٧٩ مدنى)[١].

وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين ليس مصدره الإثراء بلا سبب ، بل مصدره هو القانون فهو الذى قضى بذلــك . وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة ، كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون ، لاثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب [٢].

١٧٦- (د) – حق البانى فى نزع المنشآت :

للــبانى أن يطلــب نزع ما أقام من منشآت إذا كان ذلك لايلحق بــالأرض ضررا ، ولايجبر البانى على الانتظار مدة السنة ، وهى المدة التى يكون فيها لصاحب الأرض المطالبة بالإزالة أو الاستبقاء لما أقيم ، وعندئذ يكون على صاحب الأرض أن يحدد موقفه . إما أن يوافق البانى على ما يطلب وإما أن يطلب استبقاء هذه المنشآت مقابل دفع أقل القيمتين . قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت [٣].

---

(١) السنهورى ص ٣٧٧ هامش (١) – محمد على عرفه ص ٧٨ .

(٢) السنهورى ص ٣٧٨ .

(٣) السنهورى ص ٣٧٩– عبد المنعم الصده ص ٣٧٧– محمد على عمران ص ٧٩ – وقارن مذكرة المشروع التمهيدى إذ تقول:

" فإذا مضت السنة ، أو إذا لم يختر الإزالة ، تملك المنشآت بالالتصاق ، ودفع أقل القيمتين ، قيمة البناء مستحقا للإزالة أو مازاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . فإذا لم يدفع أقل القيمتين كان للبانى أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له ، مادام ذلك لايلحق بالأرض ضررا" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٣٠) – ويفيد هذا القول أن حق البانى فى طلب نزع الأدوات إنما يكون عند امتناع صاحب الأرض عن دفع التعويض المستحق عليه . وليس فى النص المذكور ما يفيد هذا المعنى إطلاقا (عبد المنعم الصده ص ٣٧٧ وما بعدها هامش ٢) .

ويرى الدكتور البدراوى (ص٣٧٧) أنه يرى أنه إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه ، فلم يطلب الإزالة ولم يختر استبقاء المنشآت ، فإنه يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها ، وذلك بشرط ألا يلحق هذا النزع ضررا بالأرض، غير أن صاحب الأرض يستطيع دائما أن يعطل هذا الطلب إذا اختار استبقاء المنشآت .

ويذهب الدكتور محمد على عرفه ص ٧٣ ، إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ تقرر للبانى حق نزع المنشآت " والحق أنه من العسير فهم الحكم الذى تضمنته هذه الفقرة ، إذ أنها وضعت قاعدة من مقتضاها أنه يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها بشرط انتفاء الضرر ، ولكنها عادت فنقضت هذه القاعدة بالاستثناء الذى قيدتها به بقولها : " إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت " . ومعلوم لدنيا أن صاحب الأرض إما أن يطلب الإزالة وإما أن يختار الاستبقاء، فإن هو طلب الإزالة فلا يكون ثمة محل لطلب نزع المنشآت من قبل من أقامها إذ يصبح هذا الطلب غير ذى موضوع . أما إن طلب المالك الاستبقاء فإنه يمتنع عندئذ طلب النزع ، فما جدوى أن يقرر المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ أن لمن أقام المنشآت حق طلب نزعها ؟ جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يفهم منه أن جدوى هذا الحق تظهر فى حالة ما إذا مضت مدة السنة ولم يطلب المالك الإزالة ، فلا يكون له إذن

إلا أن يستبقى المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المبين آنفا ، فإذا لم يدفـع أقـل القيمتيـن كان للبانى أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له ، مادام ذلك لايلحق بالأرض ضررا " . وعلى هذا الـنحو يكون حق النزع مشروطا : (أولا) بأن يسكت المالك عن طلب الإزالـة أكـثر من سنة ، (ثانيا) ألا يبدى رغبته فى استبقاء البناء بعد مضـى هـذه المدة . (ثالثا) أن يجد البانى من مصلحته أن يحصل على أنقـاض المنشآت بدلا من المطالبة بالتعويض المستحق عنها (رابعا) ألا يلحـق نـزعها ضـررا بالأرض . وظاهر أن توافر هذه الشروط كلها واجـتماعها يكاد أن يكون مستحيلا عملا ، ومن ثم فإنا نرى أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ تعتبر من قبيل التزيد الذى لا مبرر له .
وظاهر أن إضافتها كانت من فرط الحرص على محاكاة مشروع التقنين الإيطـالى ، مع أن طلب النزع ليس له ما يبرره عندما يكون البانى أو الغارس سىء النية " .

مـادة (٩٢٥)

١- إذا كـان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعـتقد بحسـن نـية أنه له الحق فى إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلـب الإزالـة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجـرة العمـل أو أن يدفـع مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

٢- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صـاحب الأرض أن يـؤدى ماهو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل .

الشـرح

الصورة الثالثة من صـور الالتصاق :

١٧٧ـ الـبانى بـأدوات مـن عـنده فـى أرض مملوكة لغيره ، بحسن نيـة :

تفـترض هـذه الصورة أن من أقام المنشآت كان يملك المواد المستخدمة فى ذلك ، ولكنه لم يكن يملك الأرض . أى أن البانى أو الغارس أقام المنشآت أو الغراس بمواد له فوق أرض مملوكة لغيره وذلك بحسن نية .

١٧٨ـ المقصود بحسن النية :

المقصـــود بحسن النية أن يكون صاحب المنشآت يعتقد أنه يقيم هـــذه المنشـــآت فى أرض مملوكة له ، أو يكون عالما أن الأرض مملوكـــة لغيره ، إلا أنه يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت . مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض فى إقامة المنشآت، أو أنـــه متنتفع رخص له مالك الرقبة فى البناء على الأرض المنتفع بها ، أو كان يعتقد أن له حق حكر يخوله البناء [١].

---

(١) السنهورى ص ٣٨٦ وما بعدها- رمضان أبو السعود ص ٢١٧- سعيد عبد السلام ص ٢٩٩- وكانت المادة (١٣٦٠) من المشروع التمهيدى المقابلـــة للمادة (٣٢٥) تنص على أن : " فإذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة حسن النية ... الخ " إلا أنه عند مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قرر رئيس اللجنة أنه يحسن القـــول " يعلم أنها مملوكة له " بدلا من " حسن النية " حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة والمادة السابقة أو أن تعدل المادة السابقة بأن يســـتعمل فـــيها عبارة " سوء النية" بدلا من " العلم بأن الأرض مملوكة لغيره ".

فأجابه معالى السنهورى باشا بأنه لا يمكن النص على العلم أو عدمه فى هذه المادة لأنه قد يكون البانى مستأجرا فهو يعلم أنه ليس مالكا ولكنه قد يعتقد أن له الحق فى البناء، ثم قال إنه لايرى استعمال عبارة "سئ النية" فـــى المـــادة السابقة ، لأن التعبير بعلم البانى أن الأرض مملوكة لغيره أوضـــح فى الدلالة " على سوء النية " . فعاد سعادة الرئيس واقترح أن يقـــال " يعـــتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها " ووافقت اللجنة على اقتراح سعادة الرئيس سالف الذكر (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٣٢١) .

فلا يشترط إذن لتوافر حسن النية أن يكون البانى حائزا قانونيا للأرض التى يقيم فيها المنشآت ، وإنما من الممكن أن يكون حائزا عرضيا .

والعبرة فى تقدير نية الحائز هى بوقت إقامة المنشآت . فإذا كان من أقام المنشآت حسن النية وقت البناء أو الغراس ، ثم طرأ بعد ذلك ما يفسد حسن نيته ، فإن ذلك لايؤدى إلى اعتباره سئ النية عند تحديد مركزه من صاحب الأرض . وبالعكس إذا قام الدليل على سوء نية الحائز وقت البناء أو الغراس، فلا يعفيه من أن يعامل على هذا الاعتبار احتجاجه بحسن نيته وقت بدء حيازته للعقار .

غير أنه يتعين على الحائز أن يكف عن الاستمرار فيما بدأ من أعمال فى أرض الغير بحسن نية إذا أنذره الحائز أثناء العمل بوجوب وقف الأعمال التى بدأها وبعزمه على رفع دعوى الاستحقاق لاسترداد الأرض منه ، فإن استمر رغم ذلك فى إنجاز ما بدأه فإنه إنما يفعل ذلك على مسئوليته .

وقد نصت المادة ٩٦٦ مدنى على أنه لاتزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ٧٦ ومابعدها .

وحسن النية- كما قدمنا – مفترض – فلا يكلف من أقام المنشآت بإثباته ، بل يقع على صاحب الأرض إثبات سوء النية لدى من أقام المنشآت .

١٧٩ـ علم الباني بشراء مورثه الأرض التى التى أقام عليها البناء بموجب عقد مسجل :

ينفي سوء النية عن الباني علمه بشراء مورثه الأرض التي أقام عليها البناء بموجب عقد مسجل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وكان الطاعنون قد برروا إقامتهم المباني والمنشآت على الأرض بسبق شراء مورثهم لها بعقد مسجل وهو ما ينطوي على التحدي بحسن نيتهم وقت تشييدها فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل بحث حسن أو سوء نية الطاعنين يكون مشوبا بالقصور فضلا عن الخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

١٨٠- البناء الذى يقيمه المشترى على الأرض قبل تسجيل العقد :

(أ) - رأى قديم لمحكمة النقض :

اعتبار المشترى الباقى مالكا للبناء ولايخضع لأحكام الالتصاق:

فقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٨ ق بأن :

" إن عقد البيع غير المسجل يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ، وبالوفاء به يصبح المبيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشترى بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقارا ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء . ولا مخالفة فى ذلك لقانون التسجيل . ذلك لأن الشفيع مشترى الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه فى طلبه الشفعة على عقد شرائه وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالا عن الأرض. كما لامخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق قولا بأن بائع الأرض يعتبر فى حكم القانون وبالنسبة إلى الكافة هو وحده مالك البناء الذى أقامه المشترى الذى لم يسجل عقد شرائه ، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الالتصاق إنما يقرر فى صالح مالك الأرض قرينة غير قاطعة

لإثـبات العكس ، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق فى إقامـة المنشآت وتملكها ، فإنه فى هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه علـيها من بناء على اعتبار أنه عقار فمناط تطبيق قواعد الالتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث هـذا البناء فحيثما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدى بقواعد الالتصاق وفقـا لأحكـام المادة ٦٥ من القانون المدنى القديم ، ووجب اعتبار البناء عقارا مستقلا عن الأرض وملكا خالصا لمن أقامه . ولانزاع فى أن البائع ، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشترى وعدم التعرض له ، إذا مـا أوفـى بهذا الالتزام فقد نقل إلى المشترى حيازة المبيع ، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار" .

(ب)- رأى حديث لمحكمة النقض :

اعتـبار البـناء مملوكا للبائع بالالتصاق ، واعتبار المشترى بانيا بحسن نية مما يخضع لحكم المادة ٩٢٥ مدنى :

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنـه وإن كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى قد أجازت نقض القرينة التى تقيمها الفقرة الأولى على ملكية الأرض لكـل ما عليها من مبان ، بأن يقيم الأجنبى الدليل على أنه

قـــد أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشـــآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكهـــا ، إلا أنه إذا كان سند هذا التخويل هو عقد بيع فإن ملكية المنشـــآت لاتنتقل إلى المشترى البانى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل عقد البيع لأن عقد البيع غير المســـجل وإن كـــان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكـــون للمشـــترى حـــيازة المبيع والانتفاع به إلا أن هذا العقد غير المســـجل لايترتـــب علـــيه تملك المشترى لما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولاينـــتقل وفقـــا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل ، أما قبل تسجيل سند المشترى البانى فإن ملكية المنشآت تكـــون للـــبائع بحكم الالتصاق مقابل أن يدفع للمشترى أقل القيمتين قـــيمة المـــواد وأجرة العمل أو قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشـــآت ، وذلـــك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ، وهذا ما تـــنص علـــيه المادة ٩٢٥ من القانون المدنى ، ومن ثم فإن كل ما للمشترى البانى الذى لم يسجل عقده إذا لم يختر نزع المنشآت، هو أن يطالـــب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقا لتلك المادة وأن

يـــتخذ فـــى ســـبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٦)

٢- " أقـــام المشـــرع فـــى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض ومملوكا لـــه ، وأجـــاز فى فقرتها الثانية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الـــذى أقام المنشآت على نفقته أو أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله إقامة المنشآت وتملكها ، بيد أنه إذا كان سند تخويله إقامة المنشآت هو عقد البيع فإن ملكيتها لاتنتقل إلى المشترى البانى بمجـــرد إبـــرام عقد البيع وإنما بشهره ، ذلك أن البيع غير المشهر وإن كـــان يلـــزم الـــبائع بتســـليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازته والانتفاع به . إلا أنه لايترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه على الأرض المبيعة ، لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكـــية لا ينشأ ولاينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقـــارى إلا بشـــهر سنده ، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق ، فإذا باع الأرض لمشتر ثان سبق إلى شهر عقـــده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق ، ويصبح كل ما للمشترى الأول الـــبانى الذى يشهر عقده – إذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه

بانيا حسن النية – هو أن يطالب المشترى الثانى بأقل القيمتين قيمة المـــواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء، لمـــا كان ذلك وكان سند المطعون ضده الثانى فى إقامة البناء مثار الـــنزاع هـــو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضدها الثالـــثة وقد خلت الأوراق مما يفيد اشتماله على اتفاق طرفيه على تملـــك المطعون ضده الثانى لما يقيمه من مبان أو يحدد مصيرها ، ممـــا ينبـــنى عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الالتصاق وانتقال ملكيـــتها إلـــى المطعـــون ضده الأول تبعا لملكية الأرض مشتراه بموجـــب عقـــد البيع المشهر ، وبالتالى فلا يسوغ لدائنى المطعون ضـــده الثانى التنفيذ على البناء لأنه لم يكن قط مملوكا له، ولايعدو العقـــد المـــبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء – وإن سمياه عقد بيع – أن يكون اتفاقا على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثانى قبل مالك الأرض إعمالا لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدنى بوصفه بانيا حسن النية " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤) [١]

---

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" أحكـــام الالتصـــاق بالعقار أوردها المشرع فى القانون المدنى بالفصل الـــثانى– المنظم لأسباب كسب الملكية– من الباب الأول للكتاب الثالث، فاعتبره سببا مستقلا قائما بذاته من الأسباب القانونية للملكية ، وهو سبب

١٨١ـ حكم البانى حسن النية :

يعامل القانون البانى حسن النية معاملة يراعى فيها حسن نيته، ولذلك فهى تختلف عن معاملة البانى سئ النية . ونعرض ذلك تفصيلا فيما يلى .

١٨٢ـ حق البانى فى إزالة المنشآت :

لم يجز القانون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت مع أن الأصل أن صاحب الأرض يثبت له بوصفه مالكا الحق فى إجبار الغير على إزالة ما أقامه على أرضه من منشآت بدون حق.

يرتكز فى الأصل على قاعدة أن مالك الشئ الأصلى هو الذى يملك الشئ التابع ، فملكية الأرض يستتبعها ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق ، وبالتالى فإن ملكية البناء تطبيقا لقواعد الالتصاق لاتؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها ، وهذا الأمر هو ما أفصحت عنه المواد ٩٢٢، ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون من النص بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض ، ومن ثم فإن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لايملكها البانى استنادا إلى قواعد الالتصاق لايصح إبداؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكه وهو صاحب الأرض أى مالكها ، ولما كان حق ملكية العقار- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لاينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ، ولايسوغ له ترتيبا على ذلك طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المبانى التى يحدثها الغير فى الأرض التى اشتراها بعقد غير مسجل " .

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٨)

ولكن الشارع خرج هنا على هذا الأصل أخذا باعتبارات العدالة التى توجب مراعاة حسن نية من أقام المنشآت .

وإنما أعطى المشرع الحق فى طلب الإزالة لمن أقام المنشآت.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" حسن نية البانى فى أرض لايملكها ، ليس له من أثر فى تملك البناء ، وإنما ينحصر أثره فى منع صاحب الأرض من طلب الإزالة تطبيقا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى ، وتخويل البانى حقا فى طلب التعويض وفقا للضوابط الواردة بنص المادة ٩٢٥ من هذا القانون " .

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٨)

ولم يقيد المشرع طلب البانى إزالة المنشآت ، بعدم حصول ضرر جسيم بالأرض كما فعل فى المادتين (٩٢٣، ٩٢٤)، ولكن ورد ذكر هذا القيد فى مذكرة المشروع التمهيدى بقولها : " ... ولم يكن نزعها يلحق بالأرض ضررا جسيما " [(١)]، كما يجب الأخذ به طبقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق [(٢)].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٣١.

(٢) عبد المنعم الصده ص ٣٧٨- منصور مصطفى منصور ص ٢٩٣- محمد لبيب شنب ص ٧٧ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢١٧- سعيد جبر ص ٣٢ ومابعدها .

وتـــتوافر المصلحة للبانى فى نزع المنشآت التى أقامها إذا كان نـــزعها لايســـبب له تلفا كبيرا ، وكانت قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض من تعويض على النحو الذى سنذكره.

غـــير أنه إذا حدث ثمة ضرر للأرض من جراء نزع المنشآت كان البانى ملزما بتعويض صاحب الأرض عن هذا الضرر .

وهـــذا الحق مقرر لصاحب المنشآت وليس لصاحبه الأرض ، ومن ثم لايجوز لصاحب الأرض إجباره على ذلك .

فـــإذا لـــم يطلب صاحب المنشآت إزالتها، فمعنى ذلك أنه قبل إبقائهـــا فـــى الأرض ، وعـــندئذ يـــتملكها صاحب الأرض بحكم الالتصاق، ويلتزم بأداء تعويض لصاحبها على النحو الذى سنذكره.

غـــير أنـــه يجوز لصاحب الأرض أن ينزل عن ميزة الالتصاق فيـــترك المنشآت لمن أقامها . وفى هذه الحالة يقتصر النزول على المنشآت دون الأرض التى تقوم عليها . وتثبت له هذه الملكية طبقا للقواعـــد العامة ، إذ هو يستطيع أن يخرج من ذمته أى حق كان ، فـــأولى ألا يصح جبره على كسب ملكية رغم إرادته ، لاسيما وأن الالتصـــاق لايعتـــبر من النظام العام . فإذا صدر منه هذا النزول ، فإنه لايلتزم بداهة بشئ نحو صاحب المنشآت [١].

---

(١) عـــبد المنعم الصده ص ٣٧٨ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ١١٥ ومابعدها .

١٨٣ـ التعويض المستحق للباني :

إذا لم يطلب صاحب المنشآت الإزالة ، ولم ينزل صاحب الأرض عن ميزة الالتصاق ، فإن هذا الأخير يكسب ملكية المنشآت بالالتصاق ويلتزم بتعويض صاحبها .

وفى هذه الحالة يخير صاحب الأرض بين **أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .**

فقيمة المواد وأجرة العمل ، هى القيمة التى افتقر بها البانى .

والقيمة الثانية هى التى اغتنى بها صاحب الأرض .

ولاشك أن صاحب الأرض يختار أقل القيمتين . وهو ما يدفع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب .

ولايجوز للمالك أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، كما يكون له ذلك فى حالة الحائز سئ النية لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ، ومن ثم لايوجد ثمة مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، ولأن هذه القيمة (وهى قيمة أنقاض البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل من القيمتين الأخريين اللتين يخير بينهما صاحب الأرض ، فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سئ النية[1].

---

(١) السنهورى ص ٣٨٨ ومابعدها .

وعلـــى ذلـــك فـــإن الخيار الذى أعطاه القانون لمالك الأرض يتضمن تفضيلا للبانى حسن النية على البانى سئ النية .

والـــزيادة فى القيمة التى تجب مراعاتها هى الزيادة فى القيمة الـــتجارية الـــتى حدثت فى الأرض بسبب المبانى ، لا المنفعة التى عادت على المالك بسبب البناء .

والزيادة الواجب دفعها هى الزيادة الناتجة من البناء أو الغراس ، لا الزيادة الناتجة بسبب خارج عن عمل البانى ، فالزيادة العادية فى القيمة الناشئة بسبب اتساع المدينة التدريجى ، لاتدخل فى التعويض الذى يجب على المالك دفعه [١].

ويـــرى بعـــض الشراح أن تقدير الإثراء يكون وقت حدوثه ، عملا بالمادة ١٧٩ مدنى ، والإثراء فى هذه الصورة يتحقق بمجرد الالتصاق الذى يؤدى إلى تملك صاحب الأرض لما التصق به [٢].

بيـــنما يرى البعض الآخر – وهو ما نؤيده – أن تقدير الإثراء يكـــون فى وقت استرداد العقار لا وقت إقامة المنشآت ، لأن وقت الاســـترداد هـــو الوقـــت الـــذى يكسب فيه صاحب الأرض ملكية المنشآت بالالتصاق ، وأنه لا انطباق للمادة ١٧٩ مدنى الواردة فى الإثـــراء بلا سبب ، لأننا سنرى أن المشرع لم يأخذ بقاعدة الإثراء

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٧ ومابعدها .

(٢) جميل الشرقاوى ص ٢٦٨ .

بلا سبب وإن كان قد استلهمها فقط . فضلا عن أن البانى وإن كان حسن النية فإنه فى ذات الوقت قد تعدى على ملك صاحب الأرض، ومـــن ثم يجب ألا يلزم صاحب الأرض إلا فى حدود الإثراء الذى دخل فى ذمته بالفعل وقت استرداده الأرض بما عليها من بناء [١].

ويجوز للمحاكم أن تعين موعدا يستعمل فيه المالك الخيار الذى خوله القانون إياه [٢].

وقواعد الإثراء بلا سبب هى القواعد التى استلهمها المشرع فى تقرير هذا الحكم ، بخلاف سوء النية التى رأينا فيها أن المشرع قد خـــرج على مقتضى تلك القواعد . ولكن ليس معنى ذلك أن يكون مصـــدر الـــتزام صاحب الأرض بتعويض من أقام المنشآت بحسن النـــية هـــو قواعد الإثراء بلا سبب . فلو كانت هذه القواعد محض تطبـــيق للإثراء بلا سبب لما كانت هناك حاجة لإعادة تكرارها فى خصـــوص حالة البانى حسن النية ولا اكتفى المشرع فيها بالإحالة إلى تلك القواعد . ولذا قلنا إن المشرع استلهم هذه القواعد فحسب .

ولذلـــك يعـــد مصدر التزام صاحب الأرض بتعويض من أقام المنشـــآت ليس هو قاعدة الإثراء بلا سبب ، وإنما هو نص القانون.

---

(١) محمـــد كـــامل مرسى ص ١١٧- عبد المنعم البدراوى ص ٦٥- عبد المنعم الصده ص ٣٧١ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٨ .

ومن ثم يتقادم الالتزام بالتعويض بمضى خمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات [١].

ويترتــب كذلــك على أن هذا الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثــراء بلا سبب ، أن البناء إذا تهدم بسبب لا يد لصاحب الأرض فيه ، قبل المطالبة بالتعويض ، فإنه لايلتزم نحو من أقامه بشئ[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كــان الحكــم المطعــون فيه اعتبر القضاء بالإزالة نتيجة مترتــبة علــى القضاء بثبوت الملكية مع أن القضاء به يكون طبقا لقواعد الالتصاق المنصوص عليها فى المادة ٦٥ من التقنين المدنى السابق المقابلة للمادتين ٩٢٤، ٩٢٥ من التقنين المدنى الحالى والتى تفــرق بيــن إقامة المنشآت على أرض الغير دون رضاء صاحبها وبيــن إقامتها على أرض يعتقد من أقامها بحسن نية أن له الحق فى ذلك ، ففى الحالة الأولى يكون لصاحب الأرض طلب الإزالة على نفقة من أقامها وفى الحالة الثانية لايحق له طلب الإزالة ولكن يخير بيــن دفــع قــيمة المواد وأجرة العمل أو دفع قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت ... ألخ .

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

---

(١) السنهورى ص ٣٨٩- محمد على عمران ص ٨٠ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٣٥٢- عبد المنعم البدراوى ص ٦٥ هامش (٣).

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٦٥- عبد المنعم الصده ص٣٧٩ .

١٨٤ـ تمليك الأرض لمن أقــام المنشآت :

أجـــازت الفقرة الثانية من المادة (٩٢٥) لصاحب الأرض إذا كانـــت المنشـــآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهقه أن يؤدى ما هو مســـتحق عـــنها ، أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل .

فيشترط لتمليك المنشآت لمن أقام المنشآت ، أن تكون المنشآت قـــد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مســـتحق عنها . أى أن يكون من شأن التعويض المستحق عنها أن يحمل مالك الأرض بعبء مالى يرهقه . فلا يلزم ألا يكون فى قدرة صـــاحب الأرض أداء هذا التعويض ، بل يكفى لذلك أن يكون هذا الأداء مرهقا للمالك .

فالمادة لم تأخذ بمعيار موضوعى ، فلم توازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت . ولم تجعل لصاحب المنشآت أن يتملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض . بل أخذت بمعيار ذاتى، هـــو المقدرة المالية لصاحب الأرض شخصيا ، فإن كان يرهقه أن يـــؤدى لصـــاحب المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التى أقيمت ، كان له طلب تمليك الأرض إلى من أقامها (١).

---

(١) الســـنهورى ص ٣٩٠- محمد على عمران ص ٨٢- محمد لبيب شنب ص ٧٨ ومـــا بعدهـــا - وكانت الفقرة الثانية من المادة (١٣٦٠) من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الثانية من المادة (٩٢٥) تنص على

١٨٥ـ تملك صاحب المنشآت الأرض بحكم القانون :

يملك صاحب المنشآت الأرض فى هذه الحالة لا بحكم الالتصاق، لأن الالتصـــاق إنمـــا يكون سببا لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لـتملك صـــاحب المنشآت للأرض . وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون بناء على إرادة منفردة من صاحب الأرض [١].

١٨٦ـ التمليك رخصة لصاحب الأرض يخضع استعمالها لمطلق اختياره :

تملـيك صـــاحب الأرض لها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عـــادل على النحو السابق . رخصة خولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره ، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها .

أنـــه : " إلا إذا كانت قيمة المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة لايستطيع معه صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها .... الخ " .

وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على عبارة : " لايستطيع معه صاحب الأرض " .

وقـــد انتهت اللجنة إلى استبدال عبارة " يرهق صاحب الأرض" بعبارة "لايســـتطيع معـــه صاحب الأرض" لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبت من عدم الاستطاعة ، ووافق المجلس على هذا التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص٣٢١ وما بعدها) .

(١) السنهورى ص ٣٩٢ – جميل الشرقاوى ص ٣٦٨ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مـــا نصـــت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى من أن لصاحب الأرض أن يطلب تمليكها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل ، إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يــؤدى ما هو مستحق عنها ، فإن هذه الرخصة خولها القـــانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره ، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها ".

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

١٨٧ـ التعويض المستحق للمالك :

إذا تملــك مــن أقام المنشآت الأرض التى أقيمت فيها المنشآت علـــى نحـــو مـــا سلف ، فقد ألزمه النص بأن يدفع لمالك الأرض تعويضا عادلا .

فهو تعويض لايتقيد القاضى فى تقديره بالقيمة الحقيقية للأرض وفـــق ما تمليه القواعد العامة ، بل يكون تقديره لهذا التعويض فى ضـــوء الظروف والملابسات التى تحيط بالحالة المعروضة عليه . ومن أهم هذه الظروف أن يكون المالك قد قصر فى تجلية الموقف بالنســـبة إلى ملكه فى الوقت المناسب ، وأن من أقام المنشآت حسن النـــية معـــذور فـــى اعتقاده ، وأن الأرض يجرى تمليكها لمن أقام

المنشآت جبرا عليه ، فهذه الظروف وغيرها قد يكون من شأنها أن تجعل القاضى يحكم بتعويض أدنى من قيمة الأرض [١].

١٨٨ـ عدم النص على هذا الاستثناء فى حالة سوء النية :

لـــم ينص الشارع على الاستثناء السابق فى حالة ما إذا كان من أقـــام المنشـــآت ســـئ النية ، لأن المالك يحق له فى هذه الحالة أن يطلـــب الإزالة ، فإذا تبين أن فى أداء التعويض الواجب ارهاقا له كان فى استطاعته أن يتوقى ذلك بطلب الإزالة .

١٨٩ـ حــق الحبس :

إذا اســتحق الــبانى تعويضا أصبح دائنا لصاحب الأرض بهذا الــتعويض ، وله الحــق فى أن ينفذ على العقـــار أى على الأرض والبــناء إذا لـــم يـــوف المالك به ، ويستطيع البانى دائما أن يحبس العقـــار تحـــت يده ضمانا لوفاء المالك بالتزامه هذا . وذلك تطبيق لحكم المادة ٢٤٦ مدنى التى تجرى على أن :

" ١- لكـــل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائـــن لـــم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتـــبط بـــه ، أو مـــادام الدائن لم يقم بتقديم ضمان كاف للوفاء بالتزامه هذا .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٨١ .

٢- ويكـــون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هــذا الشـــئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

أما بالنسبة للبانى سئ النية ، فقد ذهب رأى إلى أنه لايثبت له حــق الحبس ، فحق الحبس لا يكون إلا للحائز حسن النية ذلك أن الحائــز سئ النية يكون قد حصل على الشئ بعمل غير مشروع ، والمشـــرع اســـتثنى فى المادة سالفة الذكر من حق الحبس حالة ، يكون الالتزام ناشئا عن عمل غير مشروع[1] .

إلا أن غالبية الفقه أعطت البانى سواء كان حسن النية أو سئ النية الحق فى الحبس لأن التزام البانى برد المنشآت لمالك الأرض لاينشـــأ عـــن عمل غير مشروع ، بل هو ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشـــآت نتيجة إقامة المنشآت أى وفقا لأحكام الالتصاق ، وإقامـــة المنشـــآت فـــى أرض الغير بسوء نية لايعتبر عملا غير مشـــروع فـــى مفهوم المادة ٢٤٦[2]. ويضيف البعض أنه لايجوز الخلط بين الالتزام برد الأرض والالتزام برد البناء ، وأيا كان وجه

---

(١) البدراوى ص ٦٦ .

(٢) الســـنهورى ص ٤١١ ومـــا بعدها هامش (٢) - عبد المنعم الصده ص ٣٩٥ - محمد كامل مرسى ص ١٣١- حسام الأهوانى ص ٨٢ .

الـــرأى حول الالتزام برد الأرض ، فإن الالتزام بتسليم البناء ينشأ عن تطبيق أحكام الالتصاق ولاينشأ عن عمل غير مشروع [١].

ويـــبدو أن هـــذا الاتجاه الأخير هو الذى اعتنقته محكمة النقض عـــندما نقضت الحكم الذى لم يبحث القدر الواجب حبسه من الريع بالنسبة إلى التعويض المستحق الذى يختلف مقداره بحسب حسن أو سوء نية البانى [٢].

---

(١) محمد زهرة البناء فى أرض الغير دراسة مقارنة فى القانونين الفرنسى والمصرى سنة ١٩٨٢ ص ٢٦٥ – حسام الأهوانى ص ٨٢ .

(٢) فقـــد قضـــت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٦/٤/٦ فى الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٤٢ ق بأن :

"إذ كـــان للطاعنين – وهما يمتلكان بطريق الالتصاق فى المنشآت التى أقامهـــا المطعـــون عليه على حصتهما فى الأرض- الحق فى ريع هذا القدر المملوك لهما وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلبهما الريع عن حصتهما فى المنشآت استنادا إلى أنه لايكون لهما ثمة حـــق فـــيه لما للمطعون عليه من حق فى حبسه حتى يستوفى منهما ما يســـتحقه من تعويض عن هذه المنشآت طبقا لأحكام المادة ١/٩٢٥ من القانون المدنى لأنه كان حسن النية وقت إقامتها إذ كان يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت المذكورة على أساس عقد البيع العرفى الذى كان فى يده ولأنه لم يثبت من الأوراق أنه استوفى حقه فى التعويض ، ولما كان حـــق المطعـــون علـــيه فى حبس ريع المنشآت حتى يستوفى حقه فى الـــتعويض عنها من الطاعنين لاينفى قيام حقهما فى الريع قبل المطعون عليه وكان يتعين على المحكمة أن تبحث القدر الواجب حبسه من الريع بالنســـبة إلـــى الـــتعويض المستحق الذى يختلف مقداره تبعا لحسن نية

وحق الحبس يسرى كذلك على ريع المنشآت .

فللباني أن يحبس الريع المستحق حتى يستوفى ما يستحقه من تعويض من هذه المنشآت . ولكن لايحق حبس الريع المقابل لإيجار الأرض (١).

ولايكون لمن أقام المنشآت امتياز عليها لاقتضاء التعويض. لأن الامتياز لايثبت إلا بنص القانون ومجرد حبس الشئ لايعطى للحابس أى امتياز عليه . وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ مدنى بقولها : " مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه " .

المطعون عليه أو سوء نيته حسبما بينته المادتان ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى وبمراعاة ما تقضى به المادة ٩٨٢ من القانون المدنى التى تجيز للقاضى بناء على طلب صاحب الأرض أن يقدر ما يراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض ، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء به على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة وللمالك أن يتخلص من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها ، وإذ أغفل الحكم المطعون فيه الرد على المستندات التى قدمها الطاعنان للتدليل على سوء نية المطعون عليه وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور يبطله فى هذا الخصوص " . .

(١) نقض ١٩٧٦/٤/٦ سالف الذكر .

مــادة (٩٢٦)

إذا أقــام أجنــبى منشــآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخــيص مــن مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفــاق فى شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها ويجب عليه إذا لم يطلــب صــاحب المنشــآت نــزعها أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة .

الشـــــرح

الصورة الرابعة من صور الالتصاق :

إقامـة الـبانى منشـآت بمـواد من عنده بعد الحصول على تـرخيص من مالك الأرض :

١٩٠ـ المقصود بهذه الصــورة :

تــتحقق هذه الصورة بإقامة شخص منشآت بمواد من عنده فى أرض لغــيره ، بعــد الحصول على ترخيص من مالك الأرض . ويكــون هــذا الترخيص فى العادة بندا فى عقد يبرمه المالك يسلم بمقتضاه الأرض للعاقد الآخر .

ويتحقق ذلك عملا فى حالة مالك الأرض الفضاء الذى لايتمكن من البناء فيها لضيق ذات يده ، فيتفق مع شخص ملئ على أن يقيم بناء فى هذه الأرض لسكناه أو ليتخذ منه متجرا .

فـــإذا نظم العقد- وهو ما يحصل عادة - مصير هذه المنشآت، عند انتهاء العارية أو حق الانتفاع ، فإنه تطبق الأحكام المتفق عليها وتستبعد بالتالى أحكام الالتصاق ، لعدم تعلقها بالنظام العام .

أما إذا لم يوجد هذا الاتفاق ، طبقت أحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة [١].

١٩١ـ حكم الالتصاق المنصوص عليه بالمادة :

الأجنـــبى الـــذى أقام المنشآت فى هذه الصورة يعلم أن الأرض مملوكـــة لغـــيره ، ولكنه لا يعتبر سئ النية ، إذ أنه يبنى أو يغرس بناء على ترخيص أى موافقة مالك الأرض ، ولذلك ألحق المشرع هذه الحالة بحالة البانى أو الغارس حسن النية .

وبناء على ذلك لم يجز للمالك - إذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشـــآت- أن يطلـــب إزالتها ، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدنى أى قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ٩٢٥) .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٦٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى المادتين ٩٢٢، ٩٢٦ يدل على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها مالم يكن مالك الأرض خول آخر تملك ما يقيمه مـن منشـآت على هذه الأرض فتنفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض ولاشـأن لهـذه الحالة بأحكام الالتصاق أما إذا أقام شخص منشـآت على أرض غيره مملوكة له بترخيص من مالكها دون أن يـتفق فى هذا الترخيص على مصير المنشآت فإن صاحب الأرض يـتملكها بالالتصـاق ولا يكون لمن أقامها – ما لم يطلب نزعها – سـوء أن يرجع على المالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما فى المـادة ٩٢٥ من القانون المدنى . لما كان ذلك ، وكان الطاعن قد أقـام دعـواه بطلـب ملكية البناء استنادا إلى مجرد تصريح مالكة الأرض له بإقامته دون الادعاء بحصول اتفاق على تملكه له . فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق على الدعوى حكم المادتين ٩٢٥، ٩٢٦ مـن القانون المدنى وانتهى إلى عدم ملكية الطاعن لهذا البناء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٢/١٨)

فـإذا أقـام الأجنـبى المنشـآت على نفقته – دون أن يعرض الطـرفان لمصير هذه المنشآت – فإنها تكون ملكا لمن أقامها طول المـدة الـتى تكون الأرض فيها تحت يده، وطالما أنها ملك له فإن

يستطيع التصرف فيها خلال هذه المدة تصرفا ماديا بالهدم ، أو تصرفا قانونيا بالبيع أو الرهن . وقد نصت المادة ١٠٣٨ مدنى على أنه يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقا لأحكام الالتصاق .

وإذا انتهت المدة ، وكانت المنشآت قائمة ، سرت عليها أحكام الالتصاق فى حالة حسن النية (١).

فإذا فرضنا أن المالك باع الأرض بما عليها من بناء – وكان البانى لم يسجل السند الذى تضمن الترخيص له بالبناء– فلا يستطيع البانى أن يحتج على المشترى بالترخيص الصادر له من البائع بالبناء . بل كل ما له أن يرجع على المالك الأصلى بقيمة المواد وأجرة العمل أوبما يوازى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذا البناء.

ويكون الحكم كذلك إذا رهن المالك الأرض والبناء ، فلا يصح للبانى الرجوع على الدائن المرتهن أو الراسى عليه المزاد ، بل كل ما له هو أن يرجع على مالك الأرض .

ذلك أنه لايجوز للبانى أن يحتج بسنده غير المسجل على غير من تعاقد معه .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص٣٠٠– عبد المنعم الصده ٣٨٥ ومابعدها.

أمـــا إذا كـــان الـــبانى قـــد احتاط فسجل سنده ، فإنه يستطيع الاحـــتجاج به فى مواجهة كل من تعامل مع المالك الأصلى ، ومن ثـــم يكون له الحق فى حبس العين حتى يستوفى ما هو مستحق له من التعويض. وليس لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها فى مواجهة الغـــير الذى تعامل مع مالك الأرض ، إذ أن حق النزع مقرر له فى مواجهـــة مـــالك الأرض ، فـــإذا تعلـــق بالمنشآت حق الغير نتيجة لتصرف المالك فيها ، حال ذلك دون نزعها . ولا يصح الاعتراض على هذا الرأى بأن المالك لايستطيع أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر ممـــا يملك، إذ أن المالك يملك التصرف فى الأرض بما عليها من منشـــآت تملكهـــا فعلا بالالتصاق ، فإذا تعامل معه الغير على هذا الأســـاس فلا يصح الاحتجاج عليه بما يحد من هذه الملكية إلا وفقا لأحكـــام القـــانون، وهو ما يتطلب التسجيل لتغيير الوضع الطبيعى للملكية ، ومن ثم فلا يجوز الاحتجاج على الغير بهذا التغيير إلا إذا كان واردا فى سند مسجل[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" أقـــام المشـــرع فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غـــراس أو منشـــآت يعتبر من عمل صاحب الأرض ومملوكا له ،

---

(١) محمد على عرفه ص ١٠٢ ومابعدها .

وأجـاز في فقرتها الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته أو أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخولـه إقـامة المنشآت وتملكها، بيد أنه إذا كان سند تخويله إقامة المنشـآت هـو عقـد البيع فإن ملكيتها لاتنتقل إلى المشترى البانى بمجـرد إبـرام عقد البيع وإنما بشهره ، ذلك أن البيع غير المشهر وإن كـان يلـزم البائع بتسـليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازته والانتفاع به . إلا أنه لايترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه على الأرض المبيعة ، لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكـية لاينشـأ ولاينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقـارى إلا بشـهر سنده، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق ، فإذا باع الأرض لمشتر ثان سبق إلى شهر عقـده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق ، ويصبح كل ما للمشترى الأول البـانى الـذى لـم يشـهر عقده- إذا لم يختر نزع المنشآت بوصـفه بانـيا حسـن النية – هو أن يطالب المشترى الثانى بأقل القيمتيـن قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة مازاد في ثمن الأرض بسبب البناء، لما كان ذلك وكان سند المطعون ضده الثانى في إقامة البناء مثار النزاع هو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضدها الثالثة وقد خلت الأوراق مما يفيد اشتماله على اتفاق طرفيه علـى تملـك المطعـون ضـده الثانى لما يقيمه من مبان أو يحدد

مصيرها ، مما ينبنى عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الالتصاق وانتقال ملكيتها إلى المطعون ضده الأول تبعا لملكية الأرض مشتراه بموجب عقد البيع المشهر ، وبالتالى فلا يسوغ لدائنى المطعون ضده الثانى التنفيذ على البناء لأنه لم يكن قط مملوكا له ، ولايعدو العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء- وإن سمياه عقد بيع - أن يكون اتفاقا على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثانى قبل مالك الأرض إعمالا لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدنى بوصفه بانيا حسن النية " .

(طعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤)

١٩٢- عدم جواز تمليك الأرض لمن أقام المنشآت :

رأينا أن المادة (٩٢٥) التى تناولت حكم البانى بحسن نية فى أرض الغير ، والتى تطبق أحكامها فى حالة توافر شروط المادة (٩٢٦) نصت فى فقرتها الثانية على أن : " إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل ".

غير أن هذا النص لايسرى فى حالة إقامة المنشآت بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز له تمليك الأرض للبانى إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق

صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها ويعزى ذلك – من ناحية– إلى الصفة الاستثنائية لهذا الحكم مما لايجوز معه تطبيقه بغير نص– ومن ناحية أخرى – لانتفاء حكمته إذ لايجوز للمالك الذى يرخص بإقامة المنشآت على أرضه الادعاء بأن فى دفع التعويض عنها إرهاقا له من ناحية أخرى ، ولذلك لم تحل المادة ٩٢٦ على الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ ، وقصرت الإحالة على فقرتها الأولى (١).

١٩٣ـ البناء الذى يقيمه المنتفع فى الأرض المنتفع بها :

إذا بنى المنتفع الأرض المنتفع بها ، فإنه يجب التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقبة فى البناء . في هذه الحالة يكون المنتفع حسن النية ، ويتملك صاحب حق الرقبة البناء بالالتصاق ، وتسرى على المنتفع أحكام المادتين ٩٢٥ ، ٩٢٦ مدنى .

الحالة الثانية :

أن يكون المنتفع قد بنى بدون الحصول على ترخيص من صاحب الرقبة .

---

(١) السنهورى ص ٣٩٧ – محمود جمال الدين زكى ص ٣٦٤ وما بعدها .

وقـد كـان المشـروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ١٢٤٢ مـنه على أن : " ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغـير رضـاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقـوم مقامها " ولحذف هذا النص فى لجنة المراجعة [١]، فلا يبق إلا تطبيق القواعد العامة .

وقد انقسم الفقه فى هذه الحالة إلى رأين :

الرأى الأول :

يذهـب إلـى أن المنـتفع يكون فى هذه الحالة بانيا بسوء نية وتسـرى علـيه تبعا لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء ، وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق على أن يدفـع للمنـتفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة مـازاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . لأن المادة ٩٨٨ مدنى تنص علـى أن : "علـى المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة .

وللمـالك أن يعـترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشئ .... الخ ".

---

(١) منصور مصطفى منصور ص٣٠٠- عبد المنعم الصده ٣٨٥ ومابعدها.

وهو ما يدل على أن ليس من حق المنتفع أن يغير حالة الأرض المنتفع بها بإقامة بناء وإذا فعل ذلك فإنه يكون قد بنى وهو سئ النية، فتسرى عليه أحكام البانى سئ النية (١).

الرأى الثانى :

يذهب إلى أن المنتفع الذى يقيم البناء يعامل معاملة البانى حسن النية ، لأن المشرع فى التقنين المدنى الجديد اكتفى بجعل مناط حسن النية هو اعتقاد من أقام المنشآت أن له الحق فى إقامتها ، الأمر الذى يسهل افتراضه بالنسبة إلى المنتفع الذى آلت إليه سلطة المالك فى الانتفاع بالشئ ، مما يجعله يعتقد بحسن نية أن له حق البناء والغراس(٢). فى حين أنه كان من المتعذر افتراض حسن نية المنتفع فى ظل القانون القديم حيث كان مناط حسن النية هو اعتقاد البانى أو الغارس أنه يملك الأرض التى يبنى أو يغرس فيها ، الأمر الذي لايمكن توافره فى المنتفع وهو يعلم علم اليقين أن الأرض ملك لغيره (٣).

---

(١) السنهورى ص٣٩٨ – محمود جمال الدين زكى ص ٣٦٥- عبد المنعم البدراوى ص ٧٢ .

(٢) محمد على عرفه ص ٩٠ وما بعدها – حسام الأهوانى ص ٨٦ .

(٣)

حـالات لاتسرى عليها أحكـام الالتصاق

١٩٤ـ أولاً : بناء المستأجر فى الأرض المؤجرة :

أحكام الالتصاق أحكام احتياطية ،.ومن ثم لايصح الالتجاء إليها إلا فـــى الحالات التى لم يرد عنها نص خاص فى القانون . ولذلك لايجـــوز الالتجاء إلى قواعد الالتصاق فى شأن ما يحدثه المستأجر مـــن بناء أو غراس فى الأرض المؤجرة ، إذ أن المشرع قد عالج هـــذه الحالة بنص خاص هو المادة ٥٩٢ التى وردت ضمن القواعد الخاصة بعقد الإيجار.

وهذه المادة تنص على أن :

١- " إذا أوجـــد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غـــير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يـــرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر إزالتها . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض .

٣- فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحـــدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها " .

ومن ثم فإن هذه المادة تكون هى واجبة الاتباع .

وواضح أنها تضمنت أحكاما لاتتسق مع الأحكام التى تضمنتها المادتان ٩٢٤، ٩٢٥ مدنى [١].

١٩٥ـ ثانيا : البناء الذى يقيمه أحد الشركاء على الشيوع فى الأرض الشائعة :

تقضى المادة ٨٢٥ مدنى بأنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على ذلك . فالشريك على الشيوع يعتبر مالكا للأرض التى يملكها مع غيره دون أن تكون لأى منهم حصة مفرزة . ولهذا فإذا بنى أحد الشركاء فى حدود حصته فإنه لايعتبر بانيا على أرض الغير ، ومن ثم لاتنطبق قواعد الالتصاق على البناء الذى يقيمه أحد الشركاء على الشيوع فى الأرض الشائعة قبل القسمة . ويجب تطبيق القواعد العامة فى الشيوع. فيعتبر إقامة البناء عملا من أعمال الإدارة المعتادة التى يلزم للموافقة عليه أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع الأرض الشائعة . فإذا وافقت هذه الأغلبية على البناء التزم جميع الشركاء كل بقدر حصته أن يدفعوا للشريك الذى أقام البناء ما أنفقه فى سبيل

---

(١) محمد على عرفه ص ٨٧ وما بعدها .

ذلك . وإذا لم تتوافر هذه الأغلبية التزم الشريك البانى بإزالة البناء الــذى أقامـــه على أساس أنه تجاوز سلطته فيما يتعلق بإدارة المال الشـــائع . كمـــا يجوز إلزامه بالتعويض عن الضرر الذى قد يلحق بالأرض من جراء إزالة البناء أو إقامة البناء ذاته .

وإذا تمت القسمة قبل موافقة الأغلبية المذكورة ووقع الجزء من الأرض المشـــغول بالبـــناء فى نصيب شريك آخر فلا تطبق أحكام الالتصـــاق لأن الشريك فى لحظة البناء لم يكن بانيا فى ملك الغير. ولهـــذا يجب تطبيق القواعد العامة فى الشيوع بطلب لإزالة البناء . أمـــا إذا أراد مـــن وقعـــت الأرض فى نصيبه استبقاء البناء فيلتزم بالتعويض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشـــريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لايعتبر من الغير من معنى المادة ٦٥ من القانون المدنى فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة فى هذا البناء وجب أن يكون ذلك فى مقابل ما يناســبها فـــى تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفـــيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبرا فى حكم الوكيل ".

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٣٠)

٢- (أ)- " لئـــن كـــان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وأنـــه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع ، فإنه لايعـــد بانـــيا في ملك غيره ، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقـــام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه علـــى ما يظهر من نتيجة القسمة ، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الـــذى بـــنى عليه معادلا لنصيبه ، فيه فإذا جاوزه ، اعتبر بانيا فى ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه " .

(ب)- " إذ كـــان الثابـــت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشـــيوع فـــى أرض النزاع مع المطعون عليها وبحق النصف لكل منهما ، وأنه لم يقم بالبناء على حصة من العقار تعادل نصيبه فيه، بـــل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمـــه بذلـــك ورغم إنذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها ، ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهديه من أنه أقام البناء بموافقة المطعون عليها ، فإن ما انتهى إليه الحكم مـــن اعتبار الطاعن بانيا سئ النية على أرض المطعون عليهاوأنه يحق لها وطبقا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى استبقاء نصف البناء علـــى أن تدفـــع قيمـــته مستحق الإزالة إعمالا لأحكام الالتصاق ، لايكون مخالفا للقانون ".

(طعن رقم ١٢٤١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٤)

١٩٦ـ ثالثا : البناء الذى يقيمه الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل :

إذا أقام الفضولى بناء فى أرض رب العمل ، وكان إقامة البناء أمرا عاجلا فإنه فى هذه الحالة تتحقق شروط الفضالة ، فلا يعتبر الفضولى بانيا فى أرض الغير ، ولاتسرى أحكام الالتصاق ، وإنما تطبق أحكام الفضالة . فيجب على رب العمل أن يرد للفضولى النفقات التى صرفها فى البناء مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها فى أثناء قيامه بالبناء وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بهذا العمل (م١٩٥ مدنى) .

أما إذا لم تتوافر الصفة العاجلة فيما تم من أعمال ، فقد ذهب رأى إلى تطبيق أحكام الالتصاق حيث لم يتوافر سبب لاستبعادها. وفى الغالب يتوافر لدى من قام بالأعمال صفة البانى ، حسن النية، لأنه كان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامته [١].

بينما ذهب – بحق– رأى آخر إلى عدم سريان أحكام الالتصاق، لأن أحكام الالتصاق لاتسرى إلا إذا كان البانى قد بنى لحسابه هو ، أما هنا فالفرض أنه قد بنى لحساب غيره ولكن لم

---

(١) السنهورى ص ٤٢٤ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٣٧٦– محمد علي عرفه ص ٨٦ ومابعدها – وإن كان يرى أن إنشاء بناء جديد لايعتبر شأنا عاجلا .

تـــتوافر الصفة العاجلة فى الأعمال . ومن ثم يجب تطبيق القواعد العامـــة ، فيحق لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة بوصفه مالكا ، ولـــه أن يخـــتار استبقاء البناء على أن يعوض البانى طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب [١].

ولاتسرى أحكام الوكالة على الوكيل أو من يدير عمل غيره إذا جاوز حدود السلطة المخولة إياه ، فأقام منشآت على أرض الموكل أو صاحب العمل، لأنه لايعمل لحسابه بل لحساب صاحب الأرض. وإنمـــا تخضـــع العلاقة بينه وبين الموكل أو صاحب العمل لأحكام الوكالـــة والفضـــالة والقواعد العامة . فإذا كان من المستحيل على الوكـــيل إخطـــار الموكل أو صاحب العمل سلفا بما يريد إقامته من منشآت ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن هذا أو ذاك ما كان إلا لـــيوافق علـــى إقامتها ، اعتبرت إقامة المنشآت داخلة فى حدود الوكـــيل أو مدير الأعمال بحيث يسوى الموقف طبقا لما يقضى به عقد الوكالة أو عقد إدارة الأعمال . وقد نصت المادة ٢/٧٠٣ مدنى علـــى هـــذا الحكم بالنسبة إلى عقد الوكالة ، ويصح تطبيقه بطريق القـــياس على عقد إدارة الأعمال . وفيما عدا هذه الحالة ، إذا كان عمـــل الوكيل أو مدير الأعمال قد توفرت فيه شروط الفضالة فإن أحكـــام الفضـــالة هى التى تسرى ، وإذا لم تتوافر شروط الفضالة

---

(١) حسام الأهوانى ص ٩٧- عبد المنعم الصده ص ٣٩١ .

جرى حكم القواعد العامة ، حيث يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة بوصفه مالكا ، وله أن يختار استبقاء المنشآت . ويجب عليه فــى هذه الحالة أن يعوض من أقامها بأقل قيمتى الافتقار والإثراء طــبقا للقواعد العامة فى الإثراء بلا سبب ، فهو يدفع إما مقدار ما أنفق أو مقدار مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت [١].

---

(١) عــبد المــنعم الصده ص ٣٩١ ومابعدها – حسام الأهوانى ص ٩٧- ومابعدها – منصور مصطفى منصور ص ٣٧١ .

مـادة (٩٢٧)

تسرى أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة .

الشـــرح

١٩٧ـ سـريان أحكـام المـادة ٩٨٢ مدنـى فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد ٩٢٤، ٩٢٥ ، ٩٢٦ مدنى :

تـــنص المـــادة ٩٢٧ مدنى على سريان أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة (٩٢٤ ، ٩٢٥ ، ٩٢٦) .

والمادة ٩٨٢ المحال عليها تنص على أن :

" يجــوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبا للوفـــاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضـــى بـــأن يكـــون الوفـــاء علـــى أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مـــبلغا يـــوازى قيمة هذه الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها " .

فهـذه المـادة تعطـى بعـض التيسيرات للوفاء بالمصروفات المنصـوص عليها فى المادتين السابقتين عليها ، وهى تسرى أيضا على المبالغ التى تدفع طبقا للمواد ٩٢٤ ، ٩٢٥ ، ٩٢٦ مدنى .

وهذا يعنى أن المشرع عامل المدين بالتعويض فى هذه الحالات معاملـة المدين بتعويض الحائز عما أنفقه من مصروفات ضرورية ونافعة بالتيسير عليه في الوفاء بالتعويض المستحق [١].

فبعد أن يقوم القاضى بتحديد أو تقدير التعويض بحسب الأحوال فـإن هذا التعويض قد يكون مبلغا جسيما يثقل كاهل المدين به فيما إذا دفعـه علـى الفور وجملة واحدة . فأراد المشرع التخفيف عن كاهل المدين .

١٩٨ـ نطاق تطبيق المادة :

تسرى المادة على المدين بالتعويض أو المقابل وفقا للمواد ٩٢٤، ٩٢٥ ، ٩٢٦ مدنى .

وبالترتيـب علـى ذلك يستفيد منها صاحب الأرض سواء كان البانى حسن النية أو سئ النية .

---

(١) نبيل إبرهيم سعد ص ٣٢٥ هامش (١) .

فـــإذا كان البانى حسن النية فغالبا ما يكون مبلغ التعويض كبيرا مـــن جهـــة ، كما أن المالك مجبر على تملك البناء حيث لايحق له طلـــب الإزالـــة مـــن جهة أخرى ، (م ٩٢٥) ، ولذا فإن العدالة تستوجب مراعاة جانب المالك .

وإذا كـــان الـــبانى سئ النية فإن أحكام المادة تسرى على مالك الأرض، وقـــد راعى الشارع أن البانى سئ النية فتشدد فى معاملته عن طريق تقديم تيسيرات لمالك الأرض إذا طلب استبقاء المنشآت.

إلا أنه يخرج عن نطاق تطبيق المادة ، الحالة التى نصت عليها المـــادة ٩٢٨ والتى يجور فيها مالك الأرض بحسن نية على جزء مـــن الأرض المجـــاورة – كمـــا ســـنرى – بصدد أداء التعويض المستحق .

ويـــرى الفقـــه أنـــه لا مـــبرر لاســـتبعاد هذه الحالة من نطاق التيسيرات[١].

١٩٩ـ التيسيرات التى يجـوز للقاضى منحها للمدين :

لم تحدد المادة ٩٨٢ مدنى التيسيرات التى يجوز للقاضى منحها للمديـــن على سبيل الحصر . فيجوز له أن يعطى المدين أجلا للوفاء بالتعويض ، كما يجوز أن يجعل الوفاء بالتعويض فى صورة أقساط

---

(١) نبـــيل إبراهيم سعد ص ٣٢٥ هامش (١) – منصور مصطفى منصور ص ٣٠١ هامش (٢) .

دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة فى جميع الأحوال، كأن يقدم تأميـنا عينيا أو شخصيا . ويجوز أن يكون فى صورة إيراد مرتب لمدة معلومة مع إلزام المدين بتقديم الضمانات المناسبة (١).

وللمـالك أن يعجل الوفاء بدفع مبلغ يوازى قيمة ما هو مستحق علـيه مخصوما منه فوائد هذا المبلغ بالسعر القانونى أى ٤% عن المدة من تاريخ الوفاء المعجل إلى تاريخ الاستحقاق المعجل (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .... ويجـوز للقاضـى بناء على طلب صاحب الأرض ، أن يقـرر مـا يـراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض ، وله أن يقضى بأن يكـون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، ولصـاحب الأرض أن يتحلل من تقديم الضمان ، إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط ".

وإذا حكـم علـى الـبانى بحسن نية بدفع ريع العقار عن المدة السـابقة على تاريخ الوفاء بالتعويض المستحق له عن إقامة البناء فـإن له أن يطلب خصم فوائد المبلغ الذى أنفقه فى إقامة البناء من هـذا الـريع حـتى لايجمـع مالك الأرض بين ثمرة المبنى وقيمة التعويض المستحق للبانى .

---

(٢) السنهورى ص ٣٠٥- حسام الأهوانى ص ٨٠ وما بعدها .

(١) محمد على عرفه ص ٧٧ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العدل يأبى أن يجمـــع شخص بين ثمرة البدلين – المبنى وقيمة التعويض المستحق للـــبانى – فينـــتفع طرف بالشئ وعوضه ، وأن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان الدفاع جوهريا مؤثـــرا في النتيجة التى انتهى إليها ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضـــى للمطعون ضدهم بثمرات البناء الذى أقامه الطاعنان بحسن نـــية من مالهما الخاص عن مدة سابقة على تاريخ الوفاء بالتعويض المســـتحق لهما عن إقامة ذلك البناء وأغفل دفاع الطاعنين المشار إلـــيه بوجه النعى – بخصم فوائد المبلغ الذى أنفقاه فى إقامة البناء من ريع العقار إيرادا وردا فإنه يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/١١/٢٦)

مـادة (٩٢٨)

إذا كـان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية علـى جـزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلـك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل .

الشـــرح

٢٠٠ ـ تعـدى الـبانى بحسـن نية على جزء يسير من أرض جاره :

تتحقق هذه الحالة بتوافر شروط ثلاثة هى :

١- أن يكون مالك الأرض قد أقام عليها بناء .

فــلا يتوافر الشرط إذا لم يقم البانى بأى بناء على أرضه وإنما بــنى جــزءا يسيرا من أرض الجار . أو يكون البناء قد أقيم على أرض الجــار مباشــرة وكــان تابعا لبناء أقامه البانى على أرضه كجراج ملحق بمنزله .

فالشــارع يواجه الصورة الغالبة وهى التعدى على أرض الجار بسبب عدم وضوح الحدود بين الجيران. فلفَظ " جار" يفيد أن البناء أصلا كان على أرض البانى وبمناسبة ذلك البناء حدث التعدى على

الأرض الملاصـــقة [١]. أما من يبنى على أرض جاره فقط أيا كان مقدار التعدى فإنه يخضع لأحكام الالتصاق [٢].

٢- أن ينحصــر نطــاق الــتعدى فى جزء يسير من الأرض المجاورة .

ولايــتم تحديد هذا القدر على أساس المقارنة بين الأرض التى أقيم عليها البناء والجزء الذى اعتدى عليه من أرض الجار ، وإنما بالنظر فقط إلى مساحة الجزء الذى تم التعدى عليه فى إطار مساحة أرض الجار المعتدى عليه .

وعــادة مــا يتمثل هذا الجزء اليسير فى عدة أمتار أقيم عليها حــائط للجار أو امتدت إليه أساسات البناء الذى يقوم به البانى. أما إذا امتد التعدى إلى جزء كبير من الأرض فلا تطبق المادة ٩٢٨.

ولايلــزم أن تكون قيمة البناء أزيد من قيمة الأرض أو تتناسب القيمــتان إلــى حد بعيد . فالمعيار الذى اعتمده المشرع هو معيار مســاحى أساسا أى أن يكون الجزء المعتدى عليه يسيرا أما مسألة القيمة فقد يأخذها القاضى فى اعتباره عن تقدير التمليك من عدمه .

وتقدير مدى جسامة التعدى يخضع لتقدير قاضى الموضوع[٣].

---

(١) حسام الأهوانى ص ١١٦- سعيد جبر ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) محمد علىَ عمران ص ٨٥ – محمد لبيب شنب ص ٨٠ .

(٣) حسام الأهوانى ص ١١٦ .

٣- أن تكـــون هـــذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية. فيجـــب أن يعـــتقد البانى أنه يبنى على أرض مملوكة له أو يحق له علـــى الأقـــل البناء فيها . فهذه المادة تواجه صورة إيهام وغموض الحدود بين الملاك المتجاورين [١].

والعبرة فى توافر حسن النية بوقت البناء ولو زال بعد ذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويلاحـــظ فـــى تطبيق هذا الحكم شرطان أولهما أن البانى إنمـــا يبنى أصلا فى أرضه وقد جاوزها إلى جزء صغير ملاصق. والثانى أن هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية . وقد جرى القضـــاء المصـــرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص ، فقنن المشـــروع (م١٣٦٣) هـــذا القضـــاء العادل ، ودعمه بالنص الذى ينقصه "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الـــنص فى المادة ٩٢٨ من القانون المدنى على أن " إذا كـــان مالك الأرض ، وهو يقيم عليها بناء ، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة - إذا رأت محلا لذلك - أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء

---

(١) محمد على عرفه ص ٩٨ - حسام الأهوانى ص ١١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٦ ص ٣٣٢ .

المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل " يدل على أن العبرة فى حسن النية هو بوقت البناء ولو زال بعد ذلك " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٦)

٢- " جـواز إجـبار صاحب الأرض على النزول لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء – وعلى ما جرى به نص المادة ٩٢٨ مـن القانون المدنى مناطه أن يكون الجار صاحب البناء حسن النية عند البناء على الجزء الملاصق لأرضه " .

(طعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٤)

٣- " يدل نص المادة الخامسة من القانون المدنى على أن مناط التعسـف فى استعمال الحق الذى يجعله محظورا باعتباره استعمالا غير مشروع له هو تحقق إحدى الصور المحددة على سبيل الحصر فى المادة الخامسة سالفة الذكر والتى تدور كلها حول قصد صاحب الحق من إستعماله لحقه أو مدى أهمية أو مشروعية المصالح التى يهـدف إلـى تحقيقها وذلك دون نظر إلى مسلك خصمه إزاء هذا الحـق، وإذ كـان دفاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام على تعسـف المطعـون ضـدها فى طلبها طرده من من الأرض محل الـنزاع – وهى شريط ضيق يخترق أرضه – وإزالة ما عليها من بـناء على سند من أنها لم تبغ من دعواها سوى الإضرار به وأن مصـلحتها فـى استرداد هذه الأرض – إن توافرت– قليلة الأهمية

بالنسـبة للأضرار التى تلحق به من جراء إزالة ما أقامه عليها من بناء ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع لمجرد القول بـأن الطاعـن استولى بغير حق على أرض المطعون ضدها وأقام بناء عليها يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون" .

(طعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٤)

٤- " مـؤدى نـص المادة ٩٢٨ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أنه إذا كـان مـالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صـغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية فإنه يجوز للقاضى استثناء من قواعد الإلتصاق التى تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض أن يجـبره علـى أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقـابل تعويض عادل، لما كان ذلك وكان الطاعنون قد تمسكوا فى دفـاعهم أمـام محكمة الاستئناف بامتلاكهم الفناء موضوع النزاع بموجـب عقود مسجلة ترتد إلى العقد الصادر لهم بالمسجل رقم ... لسـنة ١٩٦٩ توثـيق المنصورة وبوضع يدهم عليه المدة الطويلة المكسـبة للملكـية أو المقترن بحسن النية والسبب الصحيح وبأنهم كـانوا حسنى النية حين أقاموا البناء وفتحوا المطلات وقاموا بإيداع ثمـن الجـزء المشغول بالبناء خزينة المحكمة بما يمتنع معه الحكم

بالإزالـــة، وأن المطعون ضدهم استندوا في ملكيتهم لهذا الفناء إلى مجـــرد حكـــم تثبيـــت الملكـــية رقم ..... لسنة ١٩٣٨ مدنى بندر المنصـــورة لم يسجل ولم يقترن بوضع اليد ولم يصدر فى مواجهة سـلفهم ، وكـــان الحكـــم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتثبيت ملكية المطعـــون ضـــدهم للفناء وإزالة البناء وسد المطلات أخذا بتقارير الخـــبراء رغم تباين نتائجها فى شأن ملكية هذا الفناء مع ما أقر به مـــورث المطعون ضدهم فى الدعوى رقم ..... لسنة ١٩٣٨ مدنى بـــندر المنصـــورة مـــن أنـــه مملـــوك له وللسلف الأول للطاعنين بالإشـــتراك بينهما وأنه مخصص لمنفعة عقاريهما دون أن يضمن أســـبابه مـــا يزيل هذا التباين أو يستجيب إلى طلب الطاعنين إحالة الدعـــوى للتحقـــيق لإثـــبات ملكيتهم لهذا الفناء بالتقادم الطويل أو القصـــير المقـــترن بحســـن النية والسبب الصحيح ، أو يعرض لما تمســـكوا به بشأن حسن نيتهم فى إقامة المنشآت والمطلات مع أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٤٣٣٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٥/١٨)

ولايعد البانى حسن النية إذا نبهه الجار إلى هذا التعدى فتمادى فـــيه رغـــم ذلـــك . ومن ثم يجبر على إزالة ما أقامه من بناء فى

أرض غـــيره ، بصـــرف النظر عن مدى الضرر الذى يلحقه من جراء الإزالة[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كـــان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم إذا ســـاق قرائن معيبة ضمن قرائن أخرى استدل بها على سوء النية، وكـــان لا يبين من الحكم أثر كل واحدة من هذه القرائن فى تكوين عقيدة المحكمة فإنه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال لما كان ذلك، وكـــان الحكم المطعون فيه قد ساق للتدليل على سوء نية الطاعنين قرائـــن منها أن المطعون ضدهم أنذروا الطاعنين فور بنائهم على جزء من أرضهم ، وكان الثابت بهذا الإنذار أنه أعلن للطاعنين بعد أن اكتملـــت إقامـــة الدور الأول من البناء وشرعوا فى إقامة الدور الـــثانى بما لا يمكن أن يدل على سوء نيتهم وقت البناء ، فإن الحكم وقد ساق هذه القرينة المعيبة ضمن قرائن أخرى متساندة استدل بها مجتمعة على سوء نية الطاعنين بما لا يبين منه أثر كل واحدة منها فى تكوين عقيدة المحكمة يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٦)

---

(١) محمد على عرفه ص ١٠٠ .

٢٠١- حكم القواعد العامة فى هذه الحالة :

مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق فى هذه الحالة أن يتملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق ، وذلك بأدنى القيمتين : قيمة ما أنفقه البانى فى هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد فى الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء .

ويجوز للبانى أن ينزع البناء من الجزء الملاصق ، ويجوز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء .

غير أن هذه الحلول جميعا لاتؤدى إلى العدالة فى هذه الحالة .

فكلا القيمتين سالفتى الذكر تافهة إزاء التضحية التى يتحملها البانى من أن يكون جزءا لايتجزأ من بنائه مملوكا لجاره بالالتصاق، وتكون التضحية أكبر إذا طلب البانى نزع البناء من الجزء الملاصق .

أما تمليك الجار الملاصق صاحب البناء هذا الجزء الصغير من الأرض ، فهو حق له وليس التزاما عليه [١].

ولذلك وضعت المادة حكما خاصا لهذه الحالة نعرض له فيما يلى .

---

(١) السنهورى ص ٤٢٧ .

٢٠٢ـ الحكم الخاص لـلحالة المنصوص علـيها بالمادة : (تمليك الجزء المعتدى عليه للبانى) :

أجازت المادة للقاضى إذا لم ير تطبيق قواعد الالتصاق الواردة بالبند السابق ، وبناء على طلب البانى أن تقضى بتمليك الجزء المعتدى عليه للبانى نظير تعويض عادل .

فالمحكمة من ناحية – لاتقضى بالتمليك إلا بناء على طلب البانى .

ومن ناحية أخرى فإن سلطة المحكمة فى القضاء بالتمليك جوازية ، فلها ألا تقضى بالتمليك رغم توافر الشروط التى ذكرناها سلفا ، فهى تنظر بعين الاعتبار إلى طبيعة البناء ومدى الضرر الذى يلحق البانى من جراء تملك الجار للجزء المقام على أرضه، كما تنظر إلى الضرر الذى يلحق بالجار فى حالة جبره على النزول عن ملكية الجزء المشغول بالبناء .

وتقدر فى ضوء هذا النظر ما إذا كان الأولى أن تجرى حكم النص أم تطبق أحكام الالتصاق [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٨٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مـؤدى نـص المـادة ٩٢٨ مـن القانون المدنى ، وعلى ما أوضـحته المذكـرة الإيضاحية أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم علـيها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصـق وكانت هذه المجاوزة من المبانى قد وقعت بحسن نية ، فإنه يجوز للقاضى استثناء من قواعد الالتصاق التى تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض الملاصقة أن يجبره على أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل، ولمـا كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه كان حسن النية حين أقام المبانى على الدكان الـذى تدعـى المطعـون عليهن ملكيته ، ولم يجاوز ملكه إلا فى مساحة صغيرة ، وأنه لايجوز فى هذه الحالة القضاء بإزالة المبانى وإنمـا يقتصر حق المطعون عليهن على المطالبة بالتعويض وكان الحكـم المطعـون فيه قد قضى بإزالة هذه المبانى دون أن يعرض لدفـاع الطاعـن سـالف البيان ويعنى بالرد عليه ، مع أنه دفاع جوهـرى من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون مشوبا بقصور يبطله " .

(طعن رقم ٦١٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٢٠٣- اقتصار التمليك على الجزء المشغول بالبناء :

إذا قضـــى القاضـــى بتمليك أرض الجار للبانى ، فإن التمليك يقتصـــر علـــى الجـــزء المشغول بالبناء كصريح نص المادة ٩٢٨ مدنـــى، فلا يجوز تمليك البانى أى مساحة أخرى لأى سبب كان . وعلـــة ذلك واضحة وهى أن هذه المادة أتت بحكم استثنائى مخالف للقواعـــد العامـــة التى لاتجيز نزع الملكية لمنفعة خاصة ، ومن ثم لايجوز التوسع فى تطبيقها بحال من الأحوال [1].

٢٠٤- عدم سريان حكم المادة فى حالة إقامة غراس :

يجـــب لســـريان حكم المادة ٩٢٨ أن يكون التعدى بسبب إقامة بـــناء، فلا تسرى المادة فى حالة إقامة غراس. فالنص لم يذكر إلا

---

(١) محمـــد على عرفه ص ١٠١- حسام الأهوانى ص ١١٨- وقارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ بلتان ٤١١/٣٨ إذ ذهبـــت فيه إلى أن ترك البناء والأرض التى أقيم عليها إلى البانى حسن النـــية ، ينطـــبق على جزء الأرض الذى يشغله البناء وإلى مسافة متر حول البناء ابتداء من الخط الخارجي لكل بلكون أو بروز ، وذلك لتلافى الحظر الذى تنص عليه المادتان ٦١ ، ٦٢ من القانون المختلط فى شأن فتح المطلات المواجهة على ملك الجار .

وقـــد انتقد هذا القضاء بأنه يتنافى مع الضرورة التى قضت بترك جزء مـــن أرض الجـــار للـــبانى ، إذ أن الضرورة تقدر بقدرها ، فلا يجوز الـــتجاوز عـــن هـــذا القدر بحال ، ولا أقل من أن يجبر الباني على سد المطـــلات الـــتى فـــتحها على ملك جاره (محمد على عرفه ص ١٠١ هامش (١)- السنهورى ص ٤٢٩ الهامش- حسام الأهوانى ص ١١٨).

البـناء . ويـرجع ذلك إلى أن التعدى المقصود فى النص هو الذى يحدث عندما يقيم البانى أصلا بناء على أرضه ، بحيث يكون البناء مـا أقـيم منه على أرض البانى وما أقيم على أرض الجار ، كلا واحـدا مترابطا ومتكاملا والمساس بجزء منه يؤدى إلى تهدم البناء بأكمله . أما الغراس فإنها بحكم طبيعتها لاتقبل أن يكون الغارس قد تعـدى على أرض الجار وهو يقيمها أصلا على أرضه . فالغراس تـتكون من شجيرات يمكن أن تقوم كل واحدة منها بأكملها فى حيز ضيق ، ومن ثم فإن التعدى على أرض الجار يكون بإنشاء غراس جديدة وليس بامتداد الغراس التى أقامها الغارس أصلا على أرضه. وينبنى على ذلك أن إزالة ما أقيم فى أرض الجار لايمس إطلاقا ما أقيم فى أرض الغارس .

٢٠٥ـ تعويض صاحب الأرض تعويضا عادلا :

أوجبـت المـادة ٩٢٨ مدنى عند قضاء المحكمة بتمليك البانى الجـزء المشغول بالبناء فى أرض جاره ، تعويض صاحب الأرض تعويضا عادلا .

والمقصـود بالـتعويض العادل هو تعويض يتفق مع الظروف الملابسة لكل حالة على حدة حتى يحقق العدالة فى الحالة الخاصة. فلا يلزم أن يقدر التعويض طبقا لقواعد الالتصاق ، أو بقيمة الجزء المشـغول بالبـناء ، بل تراعى المحكمة جبر كافة الأضرار التى

يتعرض لها المالك من جراء فقده لملكه . فيجب علاوة على قيمة الأرض تعويض ما عسى أن يصيب المالك من أضرار من جراء حرمانه من هذا الجزء اليسير من ملكه [١].

٢٠٦- عدم جواز تأجيل أو تقسيط الوفاء بالتعويض المستحق لمالك الأرض :

لايجوز للقاضى أن يؤجل الوفاء بالتعويض المقضى به لصاحب الأرض ولا أن يقسطه على أقساط دورية . بل يجب أن يكون الحكم بالتعويض مجمدا منجزا . وهذا الرأى مستفاد حتما من المادة ٩٢٧ مدنى لأنها أحالت إلى أحكام المادة ٩٨٢ ولكنها صرحت أن هذه الإحالة تقتصر على أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاثة السابقة عليها (٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦) . ومن ثم لايمتد حكم هذه الإحالة إلى أداء التعويض المنصوص عليه فى المادة ٩٢٨ مدنى .

---

(١) حسام الأهوانى ص ١١٩ - عبد المنعم الصده ص ٣٨٣ - محمد على عرفه ص ١٠١ .

مــادة (٩٢٩)

المنشــآت الصــغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام علــى أرض الغــير دون أن يكــون مقصودا بقاؤها على الدوام ، تكون ملكا لمن أقامها .

الشــرح

٢٠٧ـ يشــترط لتطبــيق أحكــام الالتصاق أن تكون المنشآت قد أقيمت على سبيل الدوام :

تقضـــى قواعد الالتصاق بتملك صاحب الأرض لما يقام عليها من منشآت كبيرة أو صغيرة ، مقصودا بها التأقيت أو الدوام ، متى اندمجـــت فـــى الأرض علـــى الوجـــه الذى قدمناه ، ولكن الشارع اســتحدث فـــى المـــادة ٩٢٩ اســتثناء عليها ، مؤداه أن المنشآت الصغيره كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام تكون ملكا لمن أقامها ، فهذه المنشآت تجمع بين الصغر والتأقيت .

ويضـــاف إلـــى الأمـــثلة الـــواردة بالمادة الاستراحات المؤقتة والعشش وأكشاك الاستحمام .

ويستوى أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية أم سئ النية.

٢٠٨ـ حكم المنشآت الصغيرة :

ذكرنا أن هذه المنشآت لاتسرى عليها أحكام الالتصاق .

وقد نصت المادة على أنها تكون ملكا لمن أقامها .

ومقتضـــى هـــذا تطبـــيق القواعد العامة فى حق الملكية سواء بالنســبة لمـــالك الأرض أو بالنسبة لمالك المنشآت التى أقامها على أرض غيره .

ولما كانت الملكية حقا جامعا مانعا بحيث يجوز للمالك أن يمنع الغـــير مـــن أن يفيد أية فائدة من ملكه حتى إذا لم يلحقه ضرر من ذلك ، فإنه يكون من حق المالك دائما أن يطلب إزالة هذه المنشآت علـــى نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، ولكن ليس له أن يستبقيها رغم معارضة من أقامها فى تركها .

ولايحـــول دون الاستجابة إلى طلب الإزالة إلا أن يكون المالك قد رخص فى إقامة هذه المنشآت ، فعندئذ تسوى علاقته بمن أقامها على أساس الحكم الوارد بالمادة ٩٢٦ مدنى .

كمـــا أنه يحق للبانى أن يزيل المنشآت فى أى وقت ما لم يوجد اتفـــاق بينه وبين مالك الأرض على أيلولة المنشآت لمالك الأرض فى وقت معين [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ١٠٧.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولاتنطبق الأحكام المتقدمة على الأكشاك والحوانيت والمآوى الـــتى تقام على أرض الغير ولم يكن مقصودا بقاؤها على الدوام . فهـــذه لاتملك بالالتصاق بل تبقى ملكا لمن أقامها ، ويكلف هذا إذا كـــان معـــتديا بالإزالـــة وبالتعويض (م١٣٦٤ من المشروع وهى مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السويسرى) [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣٢ .

مـــادة (٩٣٠)

إذا أقــام أجنــبى منشــآت بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المــواد أن يطلب استردادها . وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض علــى هذا الأجنبى . كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لايزيد على ما هو باق فى ذمته من قيمة تلك المنشآت .

الشـــرح

٢٠٩ـ إقامـة أجنـبى منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض مملوكة لثالث :

تفترض هذه الحالة أن شخصا أقام منشآت بمواد مملوكة لغيره، فى أرض مملوكة لشخص ثالث .

وعلى ذلك فإنه تنشأ فى هذه الحالة علاقات ثلاث هى :

١- علاقة مالك الأرض بمن أقام المنشآت فيها .

٢- علاقة من أقام المنشآت بمالك المواد .

٣- علاقة مالك المواد بمالك الأرض .

ونعرض لهذه العلاقات بالتفصيل على النحو التالى .

٢١٠ـ أولاً : علاقة مالك الأرض بمن أقام المنشآت فيها :

لم تتعرض المادة ٩٣٠ لحكم هذه العلاقة .

ويرجع ذلك إلى أنها تخضع للأحكام السابق بيانها بمناسبة الصورة الخاصة بإقامة منشآت فى ملك الغير المنصوص عليها فى المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى .

فإذا كان من أقام المنشآت سئ النية وجب الرجوع فى تحديد علاقته بمالك الأرض إلى الأحكام التى تضمنتها المادة ٩٢٤، فيجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من تاريخ علمه بإدماج المنشآت فى أرضه ، وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض ، وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة ، تملك المنشآت بالالتصاق والتزم بأن يدفع لصاحب المنشآت أقل القيمتين : قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة مازاد فى الأرض بسبب المنشآت .

ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لايلحق بالأرض ضررا ، إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت .

أما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية وجب الرجوع فى تحديد علاقته بمالك الأرض إلى المادة ٩٢٥ ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما من أقام المنشآت .

٢١١- ثانياً : علاقة من أقام المنشآت بمالك المواد :

إذا تملك مالك الأرض المواد بالالتصاق ، فليس لمالك هذه المواد استردادها لأنه ليس بينه وبين مالك الأرض ثمة علاقة وليس دائنا له بالتالى .

وإنما يحق له الرجوع بالتعويض على من أقام المنشآت باعتباره المعتدى على حقه فى ملكية هذه المواد .

وهذا التعويض لايقتصر على المطالبة بقيمة تلك المواد ، بل وبمقدار الخسارة التى تحملها مالكها من جراء حرمانه منها ، بصرف النظر عن حسن نية البانى أو سوء نيته .

وهذا التصميم يقتضيه إطلاق نص المادة ٩٣٠ عند ذكر التعويض مجردا من التحفظات التى وردت بالمواد السابقة التى لم تذكر التعويض إلا مقترنا بعبارة " إن كان له وجه " فلا بد وأن يكون لإضفاء هذه العبارة من المادة ٩٣٠ مغزى خاص عناه المشرع بإسقاطها من هذا النص ، وهو أن يكون من أقام المنشآت مسئولا عن التعويض قبل مالك الأدوات فى سائر الحالات .

ولا غرابة فى أن تنفرد هذه الحالة بحكم خاص من حيث استحقاق التعويض إذ أنها فى الواقع حالة شاذة بما تضمنته من عدوان مزدوج على ملك الغير وعلى مواد الغير ولايمكن أن يفترض حسن النية فيمن يقدم على مثل هذا العدوان [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ١٠٨ ومابعدها .

٢١٢ـ ثالثا : علاقة مالك المواد بمالك الأرض :

إذا تملـك مـالك الأرض المنشآت التى أقيمت فى أرضه بحكم الالتصـاق ، فـإن مالك الأرض لا يسأل أمام صاحب المواد وإنما تنحصـر مسـئوليته قبل البانى فحسب ، ولذلك لايحق لمالك المواد طلـب استردادها ، وإنما له الرجوع على البانى مطالبا بالتعويض. ويكـون مالك الأرض مسئولا قبل البانى عن التعويض على النحو الذى ذكرنا – سلفا .

ولـيس معنى هذا أن مالك المواد ليس له أى رجوع على مالك الأرض . فهـو يستطيع أن يرجع على مالك الأرض بحق من أقام المنشـآت فـى طلب التعويض عن المواد عن طريق الدعوى غير المباشـرة تطبيقا للمادة ٢٣٥ مدنى . فيطالب صاحب الأرض عن طريق هذه الدعوى بما هو ثابت فى ذمته (أى ذمة مالك الأرض) لصاحب المنشآت (١).

ولكـن قد يتعرض صاحب المواد فى هذا الرجوع غير المباشر لخطـر مـزاحمة دائـنى صـاحب المنشآت الآخرين له على مبلغ الـتعويض ولذلـك وحماية لصاحب المواد ونزولا على اعتبار أنه صـاحب الفضـل فـى صيرورة صاحب الأرض مدينا لصاحب

---

(٢) السنهورى ص٤٣٥– جميل الشرقاوى ص ٢٧٤– رمضان أبو السعود ص ٢٣٣ .

المنشـآت، ولـتحقق الارتـباط بين الديون ، منح المشرع صاحب المـواد الحق فى دعوى مباشرة قبل صاحب الأرض ليختص بحق مقيم المنشآت بالتعويض الذى يستحقة عن قيمة الأدوات .

ولكن هذا الرجوع المباشر محدود بما يكون باقيا فى ذمة مالك الأرض من التعويض لمن أقام المنشآت [١].

ويجـب من ثم على مالك الأرض أن يمتنع عن دفع التعويض للـبانى مـنذ أن يـنذره صاحب المواد بحقه فى التعويض قبل هذا الأخـير ، ويكون وفاؤه للبانى رغم هذا الإنذار ، غير مبرئ لذمته قبل صاحب المواد الذى يكون له الرجوع بما هو مستحق له .

أمـا إذا لـم يقم صاحب المواد بإنذار صاحب الأرض ، وقام الأخير بوفاء ما بقى فى ذمته إلى صاحب المنشآت ، فإنه يبرأ قبل صاحب المواد [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وفـى الحالـة الثالثة . إذا كان البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره ، يرجع صاحب الأدوات على البانى بالتعويض من أجل الأدوات ، ويرجع البانى على صاحب الأرض بالتعويض وفقا

---

(١) عـبد المـنعم الصـده ص ٣٩٦- محمود جمال الدين زكى ص ٣٧٢ ومابعدها – جميل الشرقاوى ص ٢٧٤ .

(٢) السـنهورى ص ٤٣٦- محمود جمال الدين زكى ص ٣٧٣- رمضان أبو السعود ص ٢٣٤ .

للأحكـــام السابقة ، ويكون لصاحب الأدوات على صاحب الأرض دعــوى مباشـــرة بقــدر ما فى ذمة صاحب الأرض للبانى (مادة ١٣٦٥ مـــن المشـــروع وتوافــق مـــادة ٦٦ من التقنين الأهلى مع غموض فى عبارة هذا التقنين " [١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٦ ص ٣٣١ وما بعدها .

الالتصاق بالمنقول :

مـــادة (٩٣١)

إذا التصـــق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلهما دون تلـــف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمـــر مسترشـــدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما .

الشـــــرح

٢١٣ـ المقصود بالمنقول :

كـــل ما ليس عقارا فهو منقول . والشئ المنقول هو الذى ينقل من مكان إلى آخر دون أن يصيبه تلف .

وتسرى أحكام التصاق المنقولات فى حالة التصاق أشياء منقولة مثل السكر مع الدقيق .

ولكـــن لايقتصر المنقول على الأشياء المادية ، بل يعتبر منقولا الأشياء المعنوية التى ليس لها وجود مادى ومن ثم لايتصور وجود حيز ثابت ومستقر لها . وعلى هذا فإن قوة العمل أو الطاقة البشرية تعتـــبر مـــن المنقولات . فمن يقوم بتحويل أخشاب إلى كراسى أو يقـــوم بحفر الخشب ليحوله إلى قطعة فنية أو أخشاب مشغولة يكون قـــد أوجد شيئا جديدا من المادة أى الخشب والطاقة ومن ثم تتحقق صورة من صور التصاق المنقولات .

وبصـــفة عامـــة يعتـــبر من المنقولات التيار الكهربائى والغاز والطاقة ، فالتقدم العلمى يسير الآن من المادة إلى الطاقة .

وبالرغم من أن الحيوانات تعتبر من المنقولات إلا أنها لاتخضع لقواعـــد الالتصاق ، فالصور التى نظمها المشرع الفرنسى لالتصاق الحيوانات مثل استقرار الحمام فى برج من الأبراج تتعلق بمنقولات يمكن فصلها دون تلف ولهذا لاتخضع للالتصاق إلا بناء على نص وهو مالا يوجد فى قانوننا ، وكذلك نتاج الحيوانات يدخل فى إطار حق الملكية سواء اعتبرت من الثمار أو المنتجات [١].

٢١٤ـ شـــروط التصاق المنقولات :

يشترط لتحقق الالتصاق فى المنقولات توافر الشروط الآتية :

١- أن يحدث الالتصاق بين منقول ومنقول آخر . أما إذا حدث الالتصـــاق بين منقول وعقار، فإما أن نكون بصدد التصاق طبيعى وإمـــا صناعى وحكمه كما قدمنا ، يختلف عن حكم التصاق المنقول بالمنقول .

٢- أن يكـــون المـــنقولان مملوكين لشخصين مختلفين ، فلا محـــل لإعمـــال أحكـــام الالتصاق إذا اتحد المالك ، لأن المنقولين الملتصقين فى حالتهما الجديدة يكونان مملوكين لنفس المالك الواحد الذى كان يملك كل منهما .

---

(١) حسام الأهوانى ص ١٢٤ .

٣- أن يدمــج المنقولان أحدهما فى الآخر بحيث يتعذر فصلهما دون تلــف يصــيب أحدهما أو كليهما . ويستوى أن يكون الاندماج عن قصد أو عن طريق الغلط أو قضاء وقدرا .

فــإذا كان اتحاد المنقولين لايحول دون فصلهما دون ضرر فلا محــل لإعمــال أحكام الالتصاق حيث يحتفظ كل من المالكين بحقه على منقوله .

ويجــب على القاضى عند الخلاف أن يحكم بالملكية لكل منهما. فالمشــكلة لاتــثور إلا لتحديد مالك الشئ الجديد الذى نشأ من اتحاد المنقولين . وعلى هذا لايكفى لإعمال الالتصاق أن يكون المنقولان أو المــنقولات قد كونت كلا خصص لاستعمال معين ، بل يجب أن يتكون عنها شئ واحد [1].

وهذا الاندماج يحدث فى صور ثلاث هى :

الصورة الأولى : ويطلق عليها الضم أو الإضافة (adjonction) وهى أبسط صور التصاق المنقولات . فيها يتصل منقولان لمالكين مختلفيــن اتصالا يجعلهما شيئا واحدا مع احتفاظ كل منهما بذاتيته . وهو ما يحدث بتركيب حجر ثمين فى خاتم من الذهب ، أو بوضع صورة فى إطار .

---

(١) السنهورى ص ٤٤٠ – رمضان أبو السعود ص ٢٣٥- حسام الأهوانى ص ١٢٥ .

والصورة الثانية : ويطلق عليها الخلط أو المزج mélange ou confusion وهـــى خلـــط منقولين أحدهما بالآخر بحيث لايمكن تميـــيز أى مـــنهما ، كخلـــط غلال مملوكة لشخص بغلال مملوكة لشخص آخر أو امتزاج سائلين مملوكين لشخصين مختلفين .

والصـورة الثالثة وهى التحويل (spécifieation) ويكون بأن يســتعمل شخص مواد غير مملوكة له فى صنع شئ جديد . ومثال ذلـــك صـــنع الملابـــس من القماش، أو تمثال من قطعة الرخام أو الأثاث من الخشب [١].

٤- ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين فى شأن مصـــير المنقوليـــن بعـــد الالتصاق . فلا يكفى مجرد الاتفاق على حصول الاندماج ، إذا لم يحدد مصير المنقولين بعد الاندماج .

ويســتوى أن يكـــون الاتفاق صريحا أو ضمنيا . فإذا وجد هذا الاتفـــاق تعيـــن إعمـــال هذا الاتفاق فى شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق ، دون إعمال أحكام الالتصاق . وهذا ما يحدث فى حالة الاتفاق مع الحائك على خياطة الثوب ، فالحائك يخلط موادا مملوكة لـــه مع القماش الذى يقدمه عادة العميل ، ولكن يستفاد ودائما وأبدا

---

(١) محمـــد على عرفه ١١٣- منصور مصطفى منصور ص ٣٠٣- وهذه الصور الثلاث نص عليها المشرع الفرنسى فى المواد ٥٦٦- ٥٧٥ من التقنيـــن المدنى ووضع الحلول لها وهى تتشابه مع الحلول الذى نأخذبها فى مصر كما سنرى .

أن هـناك اتفاقـا علـى ملكية العميل للثوب مقابل الأجر المستحق للحـائك . فـلا مشـكلة إطلاقـا فيما يتعلق بالملكية نظرا لوجود الاتفاق[١].

وعلـى العمـوم فـإن صـور التصاق المنقول بالمنقول نادرة الوقـوع، إذ الغالـب أن صاحب أحد المنقولين يتملك الآخر تطبيقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية [٢].

٢١٥ـ أحكام التصاق المنقولات :

لـم يضع المشرع قاعدة عامة فى مصير ملكية المنقول الجديد الـذى نشأ عن التصاق أكثر من منقول، فلا يمكن بصدد المنقولات تحديـد المـنقول الأصلى دائما وأبدا ، فالمنقولات لاتتناهى ومن ثم يصـعب أن نقرر مسبقا أن منقولا بعينه يعتبر أصلا بالنسبة لمنقول آخـر [٣]. بـل ترك الأمر للقاضى يفصل فيه وفقا لمعايير مرشدة نص عليها ، فله أن يقرر الحل الذى يراه محققا للعدالة فى كل حالة علـى حدة . فيجوز له أن يملك المنقول الجديد لأحد مالكى المادتين دون الآخر ، وله أن يقسمه بينهما ، إذا كانت القسمة العينية ممكنه،

---

(١) حسام الأهوانى ص ١٢٤ .
(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٧٧ – منصور مصطفى منصور ص ٣٠٣ .
(٣) نبيل إبراهيم سعد ص ٣٢٨ – حسام الأهوانى ص ١٢٥ .

أو يملكــه لهما على الشيوع ، أو يبيعه ويوزع ثمنه عليهما بحسب قيمة الشئ الذى كان يملكه [١].

الجوهرى فى هذا الشأن أن الحل الذى يأمر به القاضى لا يتعين بأن يكون تمليك أحد الشيئين لمالك الشيء الآخر، وهو ما يتحقق به التملك بالالتصاق بمعناه الصحيح [٢].

والقاضـــى فى تحديده للحل فى الالتصاق يسترشد بالاعتبارات الآتية :

١- قواعد العدالة :

وهـــى تقضى بأن يتملك صاحب الشئ الأكبر قيمة الشئ الأقل قـــيمة، لاسيما إذا كان التفاوت بين قيمة المنقولين كبيرة . على أن يدفـــع قـــيمة هذا الشئ لصاحبه . أو يتملك صاحب الشئ الأصلى الشـــئ التابع علـــى أن يدفـــع لصاحبه قيمته إذا أمكن التمييز فى المنقوليـــن بيـــن ما هو أصلى وما هو تابع [٣]. فإذا امتزج السمن بالعسل أو المشروبات الروحية بالماء أو الصودا فظاهر أن صاحب السـمن أو صـــاحب المشروبات الروحية ، وهو مالك الشئ الأكثر

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٣٢٨ – حسام الأهوانى ص ١٢٥ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٦٠ .

(٣) السنهورى ص ٤٤٢ – محمود جمال الدين زكى ص ٣٧٤- عبد المنعم البدراوى ص ٧٧ وما بعدها .

قـيمة يـتملك العسل أو الماء أو الصودا ، على أن يدفع قيمة هذه الأشياء لصاحبها [١].

وأن يـتملك مـن بذل عملا وجهدا فى دمج الشيئين ما نتج عن هذا الدمج . فإذا حول نجار قطعة من الخشب إلى طقم صالون بعد أن دمـج بها مسامير وغراء وقماش تنجيد فإن العدالة تقضى بتملك الـنجار لهذا الطقـم فى مقابل تعويض يدفعه للمالك الأصلى يحدده القاضى فى حكمه [٢].

٢- الضرر الذى حدث لكل من الطرفين نتيجة الاندماج :

فالاندمـاج يؤدى إلى خسارة كل من المالكين لمنقوله المتميز. والضـرر الذى يصيب كلا من المالكين من جراء ذلك ليس – فى العـادة – متساويا ، فهو قد يكون جسيما لأحدهما ويسيرا للآخر أو أخف لأحدهما من الآخر ، فيجب على القاضى تمليك الشئ الجديد لمـالك المنقول الذى تعرض لضرر شديد نتيجة اندماج منقوله فى منقول شخص آخر [٣].

والضـرر قد يكون ماديا أو معنويا ، فلو كان أحد المالكين فى حاجة ماسة لمنقوله مثل تاجر الغلال أو صاحب مخبز فإن استعمال غلاله فى صناعة حلوى يؤدى إلى إلحاق ضرر جسيم به لأنه يمس مصدر رزقه ، وتمليكه الحلوى يمكنه من الحصول على رزقه .

---

(١) السنهورى ص ٤٤٢ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٦٠.

(٣) السنهورى ص ٤٤٢ – محمود جمال الدين زكى ص ٣٧٤ .

وقد يكون الضرر معنويا كما لو كان لأحد الشيئين قيمة أدبية ، فإن المنقول الجديد يملك لمالك الشئ الذى يمثل قيمة أدبية لصاحبه لأن ذلــك يمكـــنه غالـــبا من الاحتفاظ بتلك القيمة الأدبية من خلال تملكه للمنقول الجديد [١].

٣- حالة الطرفين :

المقصـــود بحالة الطرفين أساسا هو الحالة المالية لهما . فتمليك أحـــد الملاك للمنقول الجديد يستتبع إلزامه بتعويض الطرف الآخر. ولهـــذا يجب مراعاة أن يكون من تؤول إليه ملكية المنقول الجديد، قـــادرا علـــى الوفاء بتعويض الطرف الآخر . فالملكية تؤول لقادر على الوفاء بالتعويض متى كان الآخر غير قادر .

غـــير أن الحالة قد تكون صحية ، كما لو اندمجت قطعة غيار فـــى موتـــور ســـيارة شخص معوق فالحالة إذن قد تكون مالية أو صحية أو اجتماعية أو غير ذلك[٢] .

٤- حسن نية كل من المالكين :

فـــأى من الطرفين كان حسن النية ، وكان قادرا على تعويض الطـــرف الآخر ، هو الذى يتملك المنقولين بعد التصاقهما على أن

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٦١ - حسام الأهوانى ص ١٢٦ .

(٢) حسام الأهوانى ص ١٢٦ .

يدفـــع للطـــرف الآخر التعويض المستحق له ، إذا كان هذا التمليك يتمخض عن مصلحة له [١].

والطـــرف ســـئ النـــية يجب أن يرد عليه قصده بحرمانه من التمليك إذا كان قد سعى إلى ذلك تحقيقا لمصلحة تهمه .

أمـــا إذا كان يترتب على الدمج نقصان قيمة الأشياء فيمكن أن تكـــون ملكية المنقول الجديد للمالك سئ النية مع إلزامه بالتعويض للمالك الآخر عن منقوله بقيمته كاملة قبل أن تنتقص بالخلط [٢].

ومـــن الواضـــح أن مجال الاعتداد بنية المالكين إنما يكون إذا حصـــل الالتصـــاق بفعـــل إرادى صادر من أحدهما ، كما لو أخذ شخص أخشابا مملوكة لآخر وصنع منه أثاثا [٣].

وللقاضى إذا لم يجد مرجحا لأحد الطرفين ، أن يجعل الشئ بعد الالتصاق مملوكا لهما على الشيوع ، بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه كل منهما ، أو يحكم ببيع هذا الشئ وتوزيع ثمنه بينهما [٤].

---

(١) الســـنهورى ص ٤٤٢- محمـــود جمال الدين زكى ص ٣٧٤ – حسام الأهوانى ص ١٢٦ .

(٢) الســـنهورى ص ٤٤٢ – محمـــود جمال الدين زكى ص ٣٧٤- حسام الأهوانى ص ١٢٦ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٦١ .

(٤) محمود جمال الدين زكى ص ٣٧٥ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن :

" حالــة الالتصاق بالمنقول هى حالة يميز فيها الفقه والتقنينات الأجنبــية بين فروض مختلفة (المزج والخلط إلخ) ولكن المشروع (م١٣٦٦) اتبع التقنين الحالى (م٦٧/٩٢).

وترك الأمر لتقدير القاضى يسترشد بقواعد العدالة ، ويراعى فــى ذلــك الضـــرر الذى حدث ، وحالة الطرفين ، وحسن نية كل منهما. إلا أن المشرع نبه إلى أمر هام هو ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين . وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم فى العلاقة ما بين المستصنع والصانع ، فإن الصانع وإن كان يخلــط مــواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع ، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع ، وهو عقد الاستصناع[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص ٣٣٥ .

٥ – العقـــد

مـــادة (٩٣٢)

تنـــتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بـــالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية .

الشـرح

٢١٦ـ انــتقال الملكــية وغيرهــا مــن الحقــوق العينــية فــى المنقول والعقار بالعقــد :

العقد سبب من الأسباب المنشئة للحقوق العينية الأصلية. بل إن العقـــد هو أهم هذه الأسباب جميعا . ويتم العقد عندما يتبادل طرفان التعبـــير عـــن إرادتين متطابقتين، وإذا تم هذا التبادل الإرادى فإن العقـــد يـــنعقد فى الزمان والمكان اللذين يصل بهما القبول إلى علم الموجـــب . ويقوم الوصول قرينة على العلم وإن كانت هذه القرينة غير قاطعة إذ يجوز إثبات عكسها (م٩١ مدنى) .

وتســـرى هـــذه القـــاعدة على عقد البيع والتصرفات القانونية الأخـــرى كالمقايضـــة والهـــبة ، وإن كان عقد البيع يعتبر أهم هذه التصرفات جميعا نظرا لشيوع تطبيقه فى المجال العملى .

وفـــى هذا يختلف التقنين المدنى عن القانون الرومانى ، فنقل الملكـــية لم يكن أثرا مباشرا لانعقاد العقد فى ذلك القانون . وبعبارة

أخـــرى فـــإن توافـــق الإرادتين لم يكن وحده كافيا لنقل الملكية فى القـــانون الـــرومانى . بـــل كان كل ما يترتب على انعقاد العقد هو مجـــرد تمكين المشترى من الحيازة الهادئة مع التزام البائع بنقل- وفقا لمبدأ حسن النية – ملكية المبيع إلى المشترى إذا كان البائع هو مالكه الحقيقى .

وكـــان نقـــل الملكـــية يتم باتباع إجراءات شكلية ، كالإشهاد أو الدعـــوى الصـــورية وأخيرا التسليم ، وهو ما استدعى التمييز بين الســـند (titulus) وبيـــن وســـيلة اكتســـاب الملكية (modus acg uerendi) ، فمـــا كان للمشترى المزود بالسند إلا حق رفع دعوى شخصـــية على البائع دون أن يكون له أى حق عينى يخوله مطالبة المالك بتخلية المبيع إذا لم يكن قد سلمه إليه .

أما الآن فإن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، وبذلـــك أصبح العقد ناقلا بذاته للملكية أو أنه بذاته وسيلة اكتسابها، هذا ما قررته صراحة المادة ٩٣٢ (١).

غـــير أنه إذا كان محل الالتزام عقارا ، فإن ملكيته لا تنتقل إلا بإجراء خاص هو التسجيل .

وهـــذا ما نصت عليه المادة ٢٠٤ بقولها : " وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل "وما صرحت به المادة ٩٣٤ كما سنرى.

---

(١) محمد على عرفه ص ٣١٠ وما بعدها .

ولذلك يؤخذ على المشرع أنه احتفظ فى هذا النص بمبدأ انتقال الملكيةفى العقار بالعقد ، مع كونه لايتفق مع الأوضاع القائمة حاليا ومـــا صرح به المشرع ذاته فى المادتين ٢٠٤، ٩٣٤ ، من تجرد العقد غير المسجل من هذا الأثر . وكان مفهوما أن ينص على هذا المـــبدأ فـــى القانون المدنى القديم حيث كانت الملكية تنتقل فيما بين المتعاقديـــن بالعقد . أما وقد تغير الوضع فليس من المنطق فى شئ أن يحرص المشرع على مبدأ اندثر وعفت آثاره منذ صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ (١).

والمـــادة ٩٣٢ اشـــترطت لنقل الملكية بالعقد أن يكون العقد قد ورد علـــى محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ ، وهذه المادة هى التى تتناول ملكية الشئ المعين بالذات ، وهو ما نعرض له فى البند التالى .

٢١٧ـ المنقول المعين بالذات :

تـــنص المـــادة ٢٠٤ التى أحالت عليها المادة ٩٣٢ على أن : "الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣١١ .

والمــنقولات المعيــنة بــالذات هى التى تتحدد عن طريق بيان خصائصـــها وصفاتها ، وهى التى تختلف آحادها وتتفاوت ولايقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء .

والمادة (٢٠٤) تنص على أنِ العقد ينقل الملكية فى هذه الحالة "مــن تلقــاء نفســه " أى دون حاجــة إلى أى إجراء آخر ، وعلى الأخص دون أن يتوقف انتقال الملكية على تسليم المنقول .

علــى أنــه وإن يكــن التسليم غير لازم لنقل ملكية المنقولات المعيــنة، فإنه كثيرا ما يكون ذا أهمية قصوى من الناحية العملية، نظــر الوجــود قــاعدة " الحيازة فى المنقول سند الحائز " . والتى نصت عليها المادة ٩٧٦ بقولها : " من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقــا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حســن النية من وقت حيازته " وما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المــادة ٩٧٦ مــن أن " الحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " .

فيستطيع من حاز المنقول المعين بالذات بسبب صحيح وبحسن نية أن يتملك المنقول دون المتصرف إليه .

فــإذا بــاع مالك المنقول هذا المنقول إلى مشترى ثم باعه إلى مشــترى آخر ، غير أن تسليم المنقول قد تم لهذا المشترى الآخر، فــإن هــذا المشــترى يفضل المشترى الأول نظرا لتمسكه بقاعدة

الحـيازة فـي المنقول سند الحائز برغم أنه من الناحية النظرية هو اعتـبار المشترى الأول مالكا للمبيع بمجرد العقد . ولا يكون لهذا المشـترى الأول سـوى حقا شخصيا قبل البائع . ولا يكون له حقا عينـيا إلا إذا تخلفت شروط قاعدة الحيازة فى حق المشترى الثانى بـأن كان سئ النية مثلا ، فيستطيع المشترى الأول أن يسترد حقه على المنقول باعتباره مالكا (١).

وقد طبق المشرع هذه القاعدة فى المادة ٩٥٤ مدنى حيث نص على أن " ١- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢- علـى أنـه إذا تسـلم شـخص هذه المستندات وتسلم آخر البضـاعة وكـان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة " فاشتراط حسن النية هنا دليل قاطع على أننا بصدد توافر شـروط قاعدة " الحيازة سند الحائز" مما ينفى اعتبار التسليم شرطا لازما لانتقال ملكية المنقول (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يتفرع على وجوب التنفيذ العينى وجوبا نافيا للتمييز ، أن الالتزام بنقل حق عينى يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون،

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٣٨ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣١٣ .

مـــتى كـــان محـــل الالـــتزام شيئا معينا بالذات . ومؤدى هذا ، أن الالـــتزام بنقل حق عينى ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر .

٢- ويجـــرى هـــذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد علـــى إطلاقـــه أى تحفـــظ أو قيد . فإذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف له فور الوقـــت ، بل ولاتحول دون ذلك قاعدة " إنزال الحيازة فى المنقول مـــنزلة الســـند المثبت للملكية" بالنسبة لأول خلف يدلى إليه المالك بحقـــه . وقـــد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية ، تنـــتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه ، بعـــد أن زالـــت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول. وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى، ولكن الملكية لاتؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عينى ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية ، هـــو طـــريق الحـــيازة . ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلـــت أولا إلـــى الخلـــف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عينى، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى من طريق الحيازة " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥١٤ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة الاستئناف على طلب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها ، وكان هذا الطلب ينصب على الآلة المتنازع عليها كما كانت قبل تثبيتها ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تقرير أن هذه الآلة ينطبق عليها عقد المطعون ضده الأول ، وأن ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تسجيل ، لأنه يقع على منقول . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد لايكون مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨)

٢- " إذا كانت ملكية المنقول تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام البيع وكان ثمار الحدائق واقع على منقول مآلا وكان من آثار عقد الإيجار استحقاق المستأجر لمنفعة العين المؤجرة فيتملك الثمرات خلال مدة العقد " .

(طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٨)

ويشترط لنقل الملكية بالعقد فى المنقولات المعينة بالذات ما يأتى :

أولا : أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، وهذا الشرط بديهى . ومع ذلك فقد نص المشرع عليه صراحة فى المادة ٢٠٧ مدنى .

فلـــو لم يكن البائع مالكا للحق المبيع ، لما أمكنه نقل ملكيته إلى المشترى فور العقد . فالقاعدة أن فاقد الشئ لايعطيه [١].

فكل تصرف يرد على حق مملوك للغير لاينقل بداهة ملكية هذا الحـــق . هـــذا ما لم يتعهد المتصرف بأن يسعى لكسب ملكية الشئ ليـــنقلها إلـــى المتصـــرف إليه ، ففى هذا الفرض تنتقل الملكية إليه بمجرد أن يصير المتصرف مالكا ، دون حاجة إلى عقد جديد، ولا إلى إجراء آخر .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ٤- ويـــتفرع علـــى ما تقدم أن للدائن أن يتسلم الشئ المعين بذاتـــه الـــذى التزم المدين أن يدلى به إليه ، منقولا كان أو عقارا، بتوافر شرطين :

أولهما : أن يكون هذا الشئ مملوكا للمدين وقت إنشاء الالتزام، أو أن تكـــون ملكيـــته قد آلت إليه بعد ذلك . وثانيهما: ألا يكون قد ترتـــب على المعقود عليه حق عينى لأحد من الأغيار ، كخلف ثان يحوز منقولا بحسن نية ، أو مشتر آخر آل إليه عقار بمقتضى عقد ســـبق تسجيله . وقد نص على هذا الحكم فى المادة ١٧٥/١١٨ من التقنيـــن الحـــالى . ولم ير المشروع محلا للتنويه به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة "[٢].

---

(١) محمد على عمران ص ٩٠ وما بعدها – سعيد عبد السلام ص ٣١٧.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٥١٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان محل التزام المدين عينا معينة جاز للدائن أن يحصل علـــى وضـــع يده عليها مادامت مملوكة للمدين وقت التعهد أو آلت ملكيتها إليه بعده ولم يكن لأحد حق عينى عليها .... الخ " .

(طعن رقم ١٦٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٦)

ولمـــا كانـــت المادة ١٣١ مدنى أجازت أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، وذلك كمن يعهد إلى صانع بصنع قطعة من الأثاث، أو إلى رسام برسم لوحة أو صورة ، أو إلى نحات بصنع تمثال، أو مـــن يـــتعاقد على بناء سفينة . ففى كل هذه الفروض لايتصور أن تنتقل الملكية بمجرد العقد لقيام حائل طبيعى دون انتقالها ، هو عدم وجـــود الشئ محل التعاقد . ومن ثم فإن نقل الملكية يتراخى إلى ما بعد ظهور هذا الشئ فى عالم الوجود .

وثمة مسألة دقيقة تثور فى هذا الصدد ، وهى تحديد طبيعة العقد ذاتـــه ، وبعبارة أخرى تكييف التزام المتعهد . فيكون العقد منصبا علـــى نقل الملكية إذا التزم المتعهد بإعطاء الشئ محل التعاقد ، أى بـــنقل ملكيته عند الانتهاء من صنعه . أما إذا اقتصر التزامه على صـــنع الشئ . فإن العقد لا يكون من العقود الناقلة للملكية بل عقد استصناع أو إيجار خدمات .

ولهـــذه التفرقة أهمية قصوى ، إذ لو كان العقد ناقلا للملك فإنه من المقرر أن الملكية تنتقل إلى المشترى بمجرد الانتهاء من صنع الشـــئ ، وبدون حاجة إلى أى إجراء آخر . وذلك لأن الشئ تصبح له ذاتية خاصة بمجرد الانتهاء من صنعه ، فينتج العقد أثره فى نقل ملكيـــته . ومن هذا الوقت يصبح لدائنى المشترى حق الحجز على الشـــئ تحت يد صانعه ، إذ أنه يحتسب عندئذ فى الضمان العام لهم بدخوله فى ذمة مدينهم . ولا يكـــون البائع بعـــد ذلك أن يعدم الشئ الـــذى انتقلت ملكيته بالعقد إلى المشترى ، وإلا أصبح مسئولا عن التعويض .

على أنه نظرا لما لإنتاج الأشياء التى تعتبرمن الفنون الجميلة ، كالصـــور والتماثـــيل ، من وضع خاص يقتضى أن تتسق مع ذوق طالبها ، فإن مجرد إخطاره بالانتهاء من صنعها لايصيره مالكا لها، بل يجب أن يعاين المستصنع الشئ بنفسه ويقره بالشكل الذى انتهى إليه . ومن ثم فإن الملكية تنتقل هنا بهذا الاتفاق الجديد على اعتماد عمل الفنان والرضاء بنتيجته . وعلة هذا الحكم كامنة فى أن التزام الفـــنان لايعتـــبر بحسب طبيعته التزاما بإعطاء شئ ، بل إنه التزام بعمـــل . ومـــن ثم فإن العقد الذى يربطه بعملائه لايعتبر بيعا ، بل إجارة خدمات . ومن المقرر أن هذا العقد لاينقل الملكية بذاته ، بل يلـــتزم لانـــتقال الملكـــية اتفاق جديد بين المستصنع والصانع على انتقالها .

ومن هنا ترتب على اختلاف أساس التعاقد اختلاف النتائج ، فلا تنتقل الملكية بالانتهاء من العمل ، بل يظل الشئ على ملك الصانع، فـيكون ضمانا لدائنيه هو لا لدائنى المستصنع ، كما يكون له إعدام الشـئ والامتـناع عـن تسليمه إذا لم يرض ذوقه الفنى . وعندئذ لايسـأل عـن الـتعويض إلا علـى أساس إخلاله بالتزام عقدى ، كالتعويض عن التأخير فى صنع الشئ فى الموعد المتفق عليه .

ويعد فالمسألة جد دقيقة ، وهى متصلة بتكييف العقد واستظهار نـية المتعاقديـن مـن شروط وملابسات التعاقد ، فإذا فسخ قاضى الموضـوع العقـد وخلع عليه وصفا مغايرا لحقيقته ، فإنه يكون قد أخطأ فى مسألة قانونية يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض(١).

ثانـيا : ألا يـتفق المتعاقدان على إرجاء نقل الملكية إلى وقت لاحـق. ذلـك أن قاعدة انتقال ملكية الأشياء المعينة بالذات بمجرد العقد إلى المتصرف إليه ليست من نظام العام ، خاصة وأن واجب نقـل الملكـية وإن كـان من طبيعة العقد إلا أنه ليس شرطا أساسيا لوجـوده . ومن ثم يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى وقت لاحق. وقد يعلق نقل الملكية على شرط واقف . وكثيرا ما يتفق فى العمل وخاصة فى بعض أنواع البيوع كالبيع بالتقسيط على تعلـيق انتقال الملكية إلى المشترى على شرط سداده لكافة الأقساط

---

(١) محمد على عرفه ص ٣١٤ وما بعدها .

المســـتحقة عليه ، فإن الملكية تنتقل إليه ويرجع تاريخها إلى الوقت الذى تم فيه إبرام البيع تطبيقا لفكرة الأثر الرجعى للشرط [١].

---

(١) محمد على عمران ص ٩١ – محمد وحيد الدين سوار ص ٥٢٠- أحمد نجيـب الهلالـى شـرح القـانون المدنـى (فى عقود البيع والحوالة والمقايضة) الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ ١٩٣٩) ص ٣٢.

مـادة (٩٣٣)

المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لاتنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة ٢٠٥ .

الشـرح

٢١٨ـ انتقال ملكية المنقول المعين بنوعه :

تنص المادة على أن المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لاتنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة ٢٠٥ . والفقرة الأولى من المادة الأخيرة التى أحالت عليها المادة ٩٣٣ تنص على أن : " ١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ " .

فقد نص المشرع على انتقال الملكية فى المنقول المعين بنوعه بالإفراز . والمقصود بالمنقول المعين بنوعه ، تعيين المنقول بالنوع الذى يتم عادة فى المثليات التى تتشابه فى آحادها ، ويحل بعضها محل البعض الآخر فى الوفاء . وعادة تعين المثليات بنوعها ومقدارها . ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر عشرة أرادب من القمح أو الفول .

والمقصود بالإفراز هو التجنيب . وتجنيب المبيع المعين بالذات يتم بإفرازه . فالإفراز هو الذى يعين الشئ ، وبالتالى يجعله صالحا لتعلق حق الملكية به ، ويتم الإفراز عادة بأية طريقة تؤدى إليه

كوضــع علامة على المبيع ، أو تجنيبه مع بقائه فى مخزن البائع. فــإذا مــا تم الإفراز بهاتين الوسليتين ، أو بأية وسيلة أخرى تؤدى إليه ، انتقلت الملكية ، ولو لم يتم تسليم المبيع [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأشــياء المثلــية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بــتقديم مــا يماثلهــا بــدلا منها ، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لايتم إلا بتقديمها هى عينها وقد يكون الشئ بعيــنه مثليا فى أحوال وقيميا فى أحوال أخرى . والفصل فى كونه هــذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشئ ونية ذوى الشأن وظروف الأحــوال ، فعلــى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على أسباب منتجة لوجهة رأيه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١١/٣٠)

ولايخفــى ما يترتب على عدم حصول التسليم من أخطار تحيق بالمتصــرف إلــيه ، حيث يجوز لمن تسلم هذا المنقول المفرز أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

ومعــنى مــا تقدم أن العقد لايكفى بذاته لنقل الحق العينى على المــنقول المعيــن بالــنوع وإنما لابد من إجراء آخر وهو الإفراز، ولذلــك يــرى البعض أن العقد بمفرده ليس مصدرا للحقوق العينية

---

(١) محمد وحيد الدين سوار ص ٥١٨ – محمد على عمران ص ٩٢ .

الأصلية على المنقولات المعينة بالنوع بل لابد من أن تضاف إليه واقعة مادية هى واقعة الإفراز ، فكأن المصدر حينئذ يكون مصدرا مركبا من العقد وهو تصرف قانونى ومن الإفراز وهو واقعة قانونية [١].

٢١٩ـ جزاء عدم إفراز المنقول المعين بنوعه :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ مدنى على أن : " فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض " .

فيقع عبء إفراز المنقول المعين بنوعه على عاتق المتصرف . فإذا امتنع عن ذلك فإن المشرع رسم للمتصرف إليه طريقا يسلكه هو الطريق الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ سالفة الذكر .

ومقتضى هذه الفقرة أنه يجوز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى . ويعفى الدائن من استئذان القاضى فى حالة الاستعجال .

كما يجوز للدائن أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عينا ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشئ . ولا يكون أساس هذه

---

(١) رمضان أبو السعود ص ٢٣٩ .

المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض، دون ممانعة من المدين ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين المعقود عليه ، لاقيمته .

وللدائن فى كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عينا وحالة الوفاء بمقابل، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخير فى التنفيذ[١].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥١٧.

مـادة (٩٣٤)

١- فـى المـواد العقارية لاتنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى .

٢- ويبيـن قـانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والاحكام والسـندات الـتى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

الشرح

٢٢٠ـ عـدم انـتقال الملكـية العقاريـة والحقـوق العينـية الأخـرى إلا بمراعاة الأحكام المبينة فى قانون تـنظيم الشهر العقارى :

تـنص الفقـرة الأولـى من المادة على أنه لاتنتقل الملكية ولا الحقـوق العينـية الأخـرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم بالنسـبة للغـير ، إلا إذا روعيـت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى .

أى أن المـادة أحالت إلى قانون تنظيم الشهر العقارى فى بيان الأحكام التى تتبع فى نقل ملكية العقارات والحقوق العينية الأخرى. ولذلـك نصـت الفقـرة الثانية على أن يبين قانون الشهر العقارى

التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

وسنرى أن قانون تنظيم الشهر العقارى المعمول به الآن هو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى .

كما يوجد تشريع لنظام السجل العينى بمقتضى القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى .

٢٢١ـ الاعتبارات التى يقوم عليها نظام الشهر العقارى :

إن شهر الحقوق العينية العقارية يكون بإثبات أسباب كسبها فى سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات ، وأخذ شهادات بها ، وهذا الشهر ليس أمرا مرغوبا فيه فحسب ، بل هو لازم وضرورى ، لتسهيل تداول العقارات وتشجيع الائتمان العقارى[١]. فمن يريد اكتساب حق عينى على عقار ، يعنيه أن يعرف الحقوق العينية التى تثقل هذا العقار . فإذا كان العقار مرهونا ، طرح مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، وإذا كان مملوكا لغير البائع ، لم يقدم على الشراء أصلا ومن يقوم على إقراض الغير فى مقابل رهن يرتب على عقار يعنيه أن يتأكد من ملكية المقترض للعقار ، الذى يقدمه ضمانا للقرض ، كما يعنيه

أيضـــا أن يعرف هل أثقل العقار قبل ذلك بحقوق عينية تسبق حقه، حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المسجلين (١).

٢٢٢ـ نظام السجل الشخصى ونظام السجل العينى :

للتســجيل نظامان ، **أولهما** : التسجيل الشخصى بترتيب دفاتر التسجيل طبقا لأسماء الأشخاص الذين يصدر منهم التصرف .

وثانيهما : السجل العينى والذى يقوم على ترتيب التسجيل وفقا لمواقــع الأعــيان ، بحيث يخصص لكل عقار صحيفة مستقلة فى السجل تبين كافة التصرفات التى ترد عليه .

ونظام السجل الشخصى معيب فى ترتيبه وحجيته ، فهو لايبنى على كل ما وقع على عقار معين من تصرفات ، لأنه يخصص لكل شخص صحيفة مستقلة فلا يقضى على مشكلة تشابه الأسماء ، كما أنه عادة لايتحرى عن صحة التصرفات التى تشهر فى هذا النظام. بيــنما لايتم شهر التصرفات فى السجل العينى إلا بعد التحرى عن صــحتها تحريا بالغا . وفى هذا النظام ليس ثمة حاجة لمعرفة اسم المالك لتبين حال عقار ، بل يكفى معرفة رقم العقار والمنطقة التى يقع فيها .

---

(١) محمــد وحــيد الدين سوار ص ٥٢١ – وقد لاحظ سيادته بحق أن الفقه المصــرى جــرى على تناول شهر التصرفات العقارية فى شروح عقد البــيع، مع أن موضعه الطبيعى عند تناول أسباب كسب الملكية ، وهو النهج الذى سلكناه .

وقــد أوجــزت المذكــرة الإيضاحية للقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بــنظام السجل العينى أهم مزايا هذا النظام فى خمس نقاط هى :

١- تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفقا البيانات الثابــتة بالسجل . إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا للحقيقة ونقيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فى القانون أو الفصل نهائيا فيما قد يــرفع من طعون ذلك أن القانون يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى الســجل العينى ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل مــا هــو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير ، وبذلك يصبح من تعامل مع من قيد كمالك للعقار فى حماية من كل دعوى غــير ظاهرة فى السجل مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه .

٢- خطر التملك بالتقادم – كقاعدة عامة – فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل ، فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك للعقار يصبح فى مأمــن تــام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل. ورعايــة لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القائم نص المشروع

على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به . كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضـــع يد من لم يتم مدة التقادم . وكل ذلك على التفصيل الموضح بالقانون [١].

٣- تطبـــيق مبدأ المشروعية فى السجل العنيى : ومعناه إجراء المـــراجعة الســـابقة لكافـــة الســـندات التى يجرى القيد فى السجل بمقتضـــاها حـــتى لايقـــيد فى السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا ، وحـــتى لايستفيد من الشهر الإدعاءات المشكوك فيها . ويؤدى ذلك حتـــما إلـــى استقرار الملكية استقرارا تاما وانعدام المنازعات أمام المحـــاكم فـــى شأنها مما يخفف العبء عن الأهالى وعن المحاكم بشكل ملموس .

٤- يكفـــل هـــذا النظام تبسيط عملية الشهر وسرعتها والتناسق فـــيها مـــع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها. كذلك يقضى هذا النظام على المساوئ المترتبة على تشابه الأسماء وييسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سليمة وعادلة .

---

(١) غـــير أن المحكمـــة الدســـتورية العليا قضت بتاريخ ١٩٩٨/٦/٦ فى القضـــية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العينى من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابـــت بالسجل ، وبسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون ومن ثم أصبح مـــن الجائز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل وهو ما يعد انتقاصا للحجية المطلقة للسجل العينى .

٥- ضـــمانا لاســتقرار الملكية والحقوق العينية ، نص القانون على عقوبة جنائية لكل من يتوصل إلى قيد محرر فى السجل لسلب عقار مملوك لغيره أو ترتيب حق عينى عليه مع علمه بذلك .

وقــد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٨/٦/٦ فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية " دستورية" بأن :

" وحيــث إن الشهر – وكلما كان شخصيا – لايحيط بكل صور الـتعامل التى يكون العقار محلها ، وإنما تسجيل العقود المشهرة ، وفقــا لأسماء أصحابها التى قد تختلط فيما بينها بالنظر إلى تشابهها وكثيرا ما يكون العقار الواحد محلا لأكثر من علاقة قانونية لايتحد أطــرافها ، فــلا ترصـــد فى صحيفة واحدة تجمعها ، وإنما تتفرق مواضعها فى السجل ، فلا تسهل معرفتها .

كذلـــك فإن تسجيل الأعمال القانونية التى يكون من شأنها إنشاء الحقــوق العينـــية العقارية الأصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، لايطهــرها مـــن عيوبها كلما كان الشهر شخصيا ، ولايحول دون الطعــن عليها والنزاع فى شأن صحتها ، بما يخل بالحماية الواجبة لكل ذى شأنها فيها .

ولا كذلـــك أن يكــون السجل عينيا ، متطلبا قيد الحقوق العينية الأصـــلية المتعلقة بالعقار الواحد ، وكذلك ما اتصل بهذا العقار من الحقــوق العينـــية التبعية ، فضلا عن التصرفات والأحكام النهائية

المقـــررة لحــق مـــن الحقوق العينية الأصلية ، فى صحيفة واحدة تجمعهـــا ، تتضمن وصفا للعقار من حيث أبعاده وحدوده وطبيعته، ومـــا تعلق به من صور التعامل على اختلافها ، وما نشأ أو ارتبط بهـــا مـــن الحقوق العينية وأصحابها، فلا يكون قيد هذه الحقوق فى الســـجل إلا لإثـــباتها بصورة مطلقة ، ضمانا لاستقرار أوضاعها، وبما يطهرها من عيوبها أيا كان نوعها أو مداها " .

وقـــد قـــيل – بحق- إن نظام السجل العينى هو بمثابة نظام قيد الـــنفوس للأفـــراد . وقد أخذت بهذا النظام استراليا وتونس وألمانيا وسويســـرا كما أخذت به الدولة العثمانية، وعرف باسم " الطابور". وبقـــى هـــذا الـــنظام فى البلاد العربية التى كانت جزءا من الدولة العثمانية. فهو مازال قائما فى العراق وسوريا ولبنان . وقد أدخلت عليه تعديلات كثيرة وبخاصة فى سوريا ولبنان .

ومـــنذ أن انعقدت أول لجنة فى مصر سنة ١٩٠٤ لتعديل نظام التســـجيل ، كانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشـــدة الحكومات المختلفة قبل الثورة على تطبيقه ، إلى أن طبق هذا النظام فى عهد الثورة بصدور القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ .

المراحل التى مر بها الشهر العقارى فى مصر :

مر الشهر العقارى فى مصر بمراحل أربع هى :

٢٢٣- المرحلة الأولى :
المرحلة السابقة على التقنين المدنى القديم :

لــم تعــرف مصــر قبل صدور القانون المدنى القديم أى نظام للشـــهر لانتقال الملكية فى العقارات والحقوق العينية الأخرى . إذ كـــان العمل يجرى فى مصر على أحكام الشريعة الإسلامية. وهى لاتعرف نظام الشهر إلا أنه عرف فى هذه المرحلة ما يسمى بنظام المكلفـــات الإداريـــة ، وهـــو نظـــام إدارى وضع لجبى الضرائب العقارية، ويقضى بتحرير التصرف فى حجة شرعية وتسجيله فى ســجل خـــاص بكـــل مديرية ، وذلك لإثبات كل تغيير فى شخص الملتزم بالضريبة العقارية فى هذه السجلات أو المكلفات ، فكان هذا الــنظام الــذى وضـــع فى الأصل لتنظيم جبى الضريبة العقارية ، ســتخدم فـــى الوقـــت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التى ترتبت على الأراضى [١].

---

(١) السنهورى ص ٤٥٤ .

٢٢٤ـ المرحلة الثانية :
فى ظل التقنين المدنى القديم حتى العمل بقانون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ :

استمد القانون المدنى المختلط ، ثم الأهلى الأحكام الخاصة بشهر التصرفات العقارية من قانون ٢٣ مارس سنة ١٩٨٥ الفرنسى .

وبمقتضى أحكام هذا القانون تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية بالنسبة إلى المتعاقدين بالعقد دون شرط آخر ، إذ نصت المادة ٦٧/٤٥ على أنه : " تنتقل الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المال ملكا للمالك " أما بالنسبة للغير فقد جاء فى المادة ٦٩/٤٧ ما يأتى: "أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لاتثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون".

وقد طبق المشرع هذه الأحكام على عقد البيع ، فنص فى المادة ٢٦٦ على أنه :

" يترتب على البيع الصحيح ما هو آت :

أولاً : أنه بمجرد عقده تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما كوارث أو دائن سواء كان المبيع عينا معينة أو حقا معينا أو مجرد حق متى كان مملوكا للبائع . وينقل أيضا الملكية فى الشيوع إذا كان المبيع حصة شائعة " .

وأضافت المادة ٣٤١/٢٧٠ أنه :

" لاتنـــتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة إلا بتســـجيل عقد البيع ، كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لايعلمون ما يضر بها" .

وجاء فى المادة ١٨٣٧/٦١١ أن :

" الحقـــوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينـــية القابلـــة للرهـــن أو مـــن العقـــود المثبتة لحقوق الارتفاق والاســـتعمال والسكنى والرهن العقارى أو المشتملة على ترك هذه الحقوق تثبت فى حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينيا بتسجيل تلـــك العقـــود فى قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو فى المحكمة الشرعية " .

وجاء فى المادة ٨٣٧/٦١١ أن :

" الحقـــوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينـــية القابلـــة للرهـــن أو مـــن العقـــود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقارى[1] أو المشتملة على ترك هذه الحقوق تثبت فى حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينيا بتسجيل تلـــك العقـــود فى قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو فى المحكمة الشرعية ".

---

(١) المقصود الرهن الحيازى العقارى وكان يشهر بالتسجيل .

وأضافت المادة ٧٤٢/٦١٥ أنه :

" وفـــى حالـــة عـــدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق الســالف ذكـــرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظوها بموافقة القانون " .

ويخلـــص مـــن النصوص السابقة أن ملكية العقار تنتقل بمجرد الـــتعاقد فـــيما بين المتعاقدين أما بالنسبة للغير فلا تنتقل إلا بتسجيل العقد . ويقصد بالغير فى هذا الخصوص كل من يدعى على العقار المبيع حقا من الحقوق التى يجب أن تقيد أو تسجل كحق الامتياز أو الرهن أو أى حق آخر من الحقوق العينية العقارية ، على شرط أن يكـــون قـــد اكتسب هذا الحق بعوض ، وعلى شرط أن يكون حسن النية .

ويترتـــب علـــى ذلـــك أنه إذا تصرف شخص فى عقاره بالبيع لشخصـــين على التعاقب ، وسجل المشترى الثانى عقده قبل تسجيل عقـــد المشترى الأول فإنه كان يفضل هذا الأخير، بشرط أن يكون حسن النية وقت التسجيل . وكذلك الحال بالنسبة لكل من يكسب حقا عينيا آخر ويسجله أو يقيده قبل تسجيل البيع .

وبـــالعكس لايكون للبائع وورثته والدائنون العاديون لناقل الحق حـــق الاحتجاج بعدم وجود التسجيل ، فيجوز الاحتجاج ضدهم بعقد تصرف مدينهم حتى قبل تسجيله متى كان له تاريخ ثابت [١].

وقد تعددت جهات الشهر فى ظل هذا التقنين كالآتى :

١- أقـــلام التســـجيل بالمحاكم المختلطة (م٧٥٠ مـــدنى مختلط وما بعدها) .

٢- أقـــلام المحـــاكم الشرعية المختصة بتسجيل العقود الناقلة للحقـــوق العينية العقارية والعقود المقررة للرهن الحيازى والقسمة والوقـــف وتـــنص المادة ٣٥٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصـــادرة ســـنة ١٩١٠ على أن : " على كل محكمة من المحاكم الشـــرعية ضبط الإشهادات بجميع أنواعها وكتابة سنداتها وتسجيلها على حسب المدون بهذه اللائحة . ولايجوز لهذه المحاكم أن تسجل أى إشهاد بوقف أو بإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الإخراج أو غير ذلك من الشروط التى تشترط فيه إلا إذا كان مستوفيا الشروط المنصوص عليها فى المادة ١٣٧ من هذه اللائحة .

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٢٧٧ ومـــا بعدهـــا – الدكـــتور أحمد نجيب الهلالى شرح القـــانون المدنـــى (فى عقود البيع والحوالة والمقايضة) الطبعة الثانية ١٣٥٧هــ ١٩٣٩ م ص ٢٧٧ وما بعدها .

وقـد نقل هذا النص المعدل بحروفه فى المادة ٣٦٢ من لائحة ترتيـب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٣- أقـلام كـتاب المحاكم الأهلية ، إذ بمقتضى المادة ٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، " يلزم أن يكون بطرف كتبة المحاكم الابتدائـية دفاتر للرهونات والتسجيل والقيد ، ويجب عليهم تحرير كافـة العقود والمشارطات ، وتكون العقود التى يحررونها فى قوة العقود الرسمية ، ويحفظ أصلها بقلم كتاب المحكمة .

ولكـن النصـوص المذكـورة وإن كانـت تقضى بإيجاد أقلام للتسـجيل بالمحـاكم الأهلية ، فإن هذه الأقلام لم تنتظم ، فلم يوجد بالمحاكم الأهلية غير دفاتر لتسجيل الأوراق والأحكام المذكورة فى المادتيـن ٥٤٠، ٥٩٠ مـرافعات فيما يتعلق بنزع الملكية (إعلان التنبـيه بالدفع ، حكم نزع الملكية ، حكم رسو المزاد) ، ولقيد حق الاختصاص على العقار المادة ٩٥ مدنى والمادة ٦٨١ مرافعات)، ولتسـجيل الأوراق المذكـورة فـى المادتيـن ١٤، ١٨ من قانون الشـفعة، وكذلـك لتسجيل بعض أوراق ذات صبغة إدارية خاصة بمسائل ردم البرك [1].

---

(١) الدكـتور محمـد كـامل مرسى شهر التصرفات العقارية ١٣٥٨هـ- ١٩٣٩ ص ٤٦ وما بعدها .

ويعيب نظام التسجيل فى التقنين المدنى القديم ما يأتى :

١- أنه كان يقوم على أساس الشهر الشخصى فعند الشهر يقيد التصرف بأسماء الأشخاص لا بالعقار ذاته ، وقد سبق أن أوضحنا عيوب هذا النظام.

٢- تعدد جهات الشهر .

٣- التفرقة بين المتعاقدين والغير بالنسبة لأثر العقد المسجل.

فالعقد قبل التسجيل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين على حين أنها لاتنتقل فى مواجهة الغير إلا بالتسجيل . وفى هذه التفرقة بين المتعاقدين والغير إهدار لا مبرر له لمبدأ إطلاق حق الملكية ، كذلك لم يدخل هذا التشريع فى معنى الغير جميع من يمس مصالحهم التصرف الصادر من البائع . فلم يعتبر الدائن العادى من الغير ، ومن ثم لايستطيع الاحتجاج على المشترى بعدم تسجيل عقده [١].

٤- أغفل هذا التقنين النص على وجوب تسجيل بعض التصرفات كالوقف والوصية . كما أنه لم يستلزم تسجيل حق الإرث، مما أدى إلى قيام المنازعات بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث . كما لم يستلزم أيضا تسجيل التصرفات المقررة (الكاشفة) للحقوق العينية العقارية .

---

(١) الدكتور أنور سلطان شرح عقدى البيع والمقايضة سنة ١٩٩٣ ص١٨٥ وما بعدها .

٥- لم يتضمن ذلك التقنين أى وسيلة لتفادى سوء تحرير العقود المقدمة للشهر ، ولم يضع أية ضمانة تكفل صحة التوقيعات الواردة على هذه العقود وتمنع بالتالى شهر العقود المزورة [١].

٢٢٥ ـ المرحلة الثالثة :

منذ صدور قانون التسجيل رقم ١٨/ ١٩ لسنة ١٩٢٣ :

أراد المشـــرع أن يتفادى أوجه النقص فى نظام الشهر المقرر فـــى التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بالتسجيل فأصدر القانون رقم ١٨/ ١٩ لسنة ١٩٢٣ وهو المعروف بقانون التسجيل فى ٢٦ يونية ســـنة ١٩٢٣ . وحـــدد لسريانه أول يناير سنة ١٩٢٤ (م ١٧) ولا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتها رسميا، ولا على الأحكام التى صدرت قبل تاريخ العمل به بل تظل خاضعة مـــن حيـــث الآثار التى تترتب عليها لأحكـــام القوانين التى كانت سارية عليها (م١٤).

ويلاحظ أن قانون التسجيل لم يتعرض لأحكام الشهر جميعها ، وإنمـــا اقتصـــر فقط على قواعد التسجيل . أما أحكام القيد الخاصة بشـــهر الحقـــوق العينية التبعية فلم يعرض لها قانون التسجيل . بل تركها للأحكام المقررة فى المجموعة المدنية القديمة.

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٠ .

ويلاحظ من ناحية أخرى أنه لم يأخذ بنظام السجلات العينية أو العقارية ، بل إن الشهر جرى فى ظل أحكامه وفقا لنظام الشهر الشخصى.

وأهم ما جاء به قانون التسجيل ما يأتى :

١- أوجب قانون التسجيل تسجيل جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك ، ويكون تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية وذلك مع مراعاة النصوص التى كان معمولا بها فى مواد الامتياز و الرهن العقارى والاختصاصات العقارية .

٢- فيما يتعلق بالجزاء المترتب على عدم التسجيل فرق القانون بين العقود والأحكام والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك وبين العقود والأحكام المقررة . فبالنسبة للعقود والأحكام الأولى تشدد المشرع فى الجزاء المترتب على عدم تسجيلها ، فقرر أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . وفى هذا يختلف حكم قانون

التســجيل عن حكم التقنين المدنى القديم الذى كان يستلزم التسجيل للاحتجاج بالملكية والحقوق العينية العقارية على الغير فحسب . أما فـيما بيــن المتعاقدين فكانت الملكية تنتقل بمجرد التعاقد . وهكذا أصــبح التسجيل شرطا جوهريا لانتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينـية الأصــلية الواردة على عقار، ولم يعد يترتب على العقود غير المسجلة من الأثر سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين .

وقــد تشــدد المشرع فى هذا الجزاء بقصد حث الأفراد على إجراء التسجيل ، وتمهيدا لإدخال نظام السجلات العينية .

أمـا العقــود والأحكام المقررة للملكية ولسائر الحقوق العينية العقاريــة، فقد اشترط المشرع تسجيلها لتكون حجة على الغير فقط (م٢).

وقــد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بين العقــود والأحكام المنشئة والناقلة والمغيرة والمزيلة من جهة وبين العقــود والأحكــام المقررة من جهة أخرى بقولها : " هناك عقود وأحكــام لايمكــن اعتــبارها كأنهــا لم تكن لمجرد عدم تسجيلها ، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التى من هذا القبيل يجوز اشــتراط تسجيلها حتى يعلم الغير بها مع النص على أنها لا تكون حجــة علــى هــذا الغير إذا لم تسجل ، إلا أنه لايمكن تجريد هذه العقــود والأحكام من قيمتها الجوهرية وهى الإقرار الصريح بحق

ثابت الوجود . وهذا الاختلاف فى النوع الذى ينجم عنه الاختلاف فـــى الأثر المترتب على عدم تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والأحكـــام يبرر وضع مادتين مختلفتين (أى مادة للعقود والأحكام الناقلة ومادة للعقود والأحكام المقررة " .

٣- تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر .

حــرص قانون التسجيل على تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر ، للتخلص من سوء تحرير العقود المسجلة . فنص فى المادة الثالثة منه على أنه : " يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خــلاف البــيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفــيدة فـــى الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات وعلى الأخص " (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وكذلــك محـــل إقامـــة الطرفيـــن . (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت واردة فى قوائم فك الزمام ، وكذلك حــدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع . ويجب فى عقود البيع والــبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلا " .

ونصـــت المـــادة ٤ مـــنه على أن : " المحررات العرفية التى لاتشتمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لايمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقتية . وعلى

كـل حـال تأخذ هذه المحررات فى دفتر العرائض نمرا مسلسلة تحفـظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه فى مدة لاتتجاوز ثلاثين يوما " .

ونـص فى المادة الخامسة منه على أنه : " تسهيلا لمراعاة ما ورد فـى المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التى يقضى القانون بتسجيلها " .

ونـص فى المادة السادسة منه على أنه : " يجب التصديق على إمضـاءات وأخـتام الطرفيـن الموقع بها على المحررات العرفية المقدمـة للتسـجيل . ويكـون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها فى المادة السابعة عشرة " .

فهـذه المواد قد حققت تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر فى الأمور الآتية :

١- الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين .

٢- الدقة فى تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البائع له .

٣- التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين (١).

إذ أوجبـت المادة السادسة من القانون التصديق على إمضاءات وأخـتام المتعاقديـن الموقـع بها على المحررات العرفية المقدمة

---

(١) السنهورى ص ٤٥٦ وما بعدها .

للتســجيل لضمان صحتها . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين .

وقد قصد من ذلك تلافى العقود المزورة .

٤- تسجيل الدعاوى: لم يستلزم التقنين المدنى القديم تسجيل الدعــاوى الــتى يكون الغرض منها تغيير أو زوال حق الملكية أو غـيره مــن الحقــوق العينية ، بالرغم من أن التسجيل لازم لتنبيه الغــير إلى الأخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقارات موضــوع هــذه الدعــاوى ، كما أنه ضرورى لتمكين المدعى من التمســك بالحكم الذى يصدر فيها فى مواجهة كل من آل إليه الحق مــن المدعــى علــيه . وقد عالج المشرع فى قانون التسجيل هذا الــنقص التشــريعى فــنص فى المادة السابعة منه على أنه: يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحــرر الأصــلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى وكذلك دعاوى اســتحقاق أى حــق مــن الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر ".

كمــا نــص فى المادة الثانية عشرة على أنه : " يترتب على تســجيل الدعــاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من

ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها .

وتـبقى حقـوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها "[١] .

٢٢٦ـ المـرحلة الـرابعة : بعـد صـدور القـانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى :

أصدر المشرع فى ١١ أغسطس ١٩٤٦ القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى .

ونص فى مادته الأخيرة (م٦١) على العمل به من أول يناير سـنة ١٩٤٧ . وقـد ألغى به قانون التسجيل رقم ١٨ ، ١٩ لسنة ١٩٢٣ وكذلك كل نص يخالف أحكامه (م ٦٠) .

ولايسـرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتا رسـميا قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التى صدرت قـبل هـذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيـث الآثـار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها (م ٥٤) .

واسـتثناء مـن حكـم المـادة (٢٣) مـن القانون تقبل للشهر المحـررات الـتى تم توثيقها أو التصديق على توقيعات المتعاقدين

---

(١) أنور سلطان ص ١٩٠ وما بعدها .

فيها أو التى صدرت فى شأنها أحكام بصحة التعاقد أو التوقيع قبل العمـــل بأحكام هذا القانون وكانت تستند فى إثبات أصل الملكية أو الحق العينى لمحررات عرفية تحمل تاريخا سابقا على سنة ١٩٢٤ (م٥٥) .

ونـــص على أن جميع المحررات التى تم شهرها فى جهة من الجهـــات المختصــــة وفقـــا للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القـــانون تكـــون حجة على الكافة من وقت العمل بهـــذه الأحكـــام (م٥٦).

وقد تغيا المشرع بإصدار هذا القانون استكمال أوجه النقص فى نظـــام التســـجيل الســـابق والتى أسفر عنها العمل عند تطبيق هذا الـــنظام. وإذا كان هذا القانون قد عجز بدوره عن إدخال السجلات العينـــية ، فالعلـــة فـــى ذلك ما تبين من استحالة إدخال هذا النظام وتطبـــيقه إلا علـــى سبيل التدرج ، لأنه لم تتم إعادة مساحة البلاد جمـــيعها وحـــتى فى المناطق التى تمت فيها المساحة الحديثة وهى تبلغ نصف مساحة البلاد تقريبا لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعـــة واحـــدة بســـبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينـــية [١]. ولذلك اكتفى المشرع فى هذا القانون بالتمهيد لإدخال

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون .

هـذا الـنظام عـن طريق إصلاح العيوب التى ظهرت فى قانون التسجيل السابق .

وأهم أوجه الإصلاح التى أتى بها هذا القانون هى :

١- توحيد جهات الشهر .

فقـد رأيـنا أن جهات الشهر كانت تتعدد بتعدد جهات القضاء فبلغـت ثلاث جهات ، وقد أدى ذلك إلى مشقة وعنت كبيرين على الأفراد ، وإلى اختلاف حجية التصرفات التى تشهر باختلاف الجهة الـتى يتم فيها شهرها . فضلا عما كان يتكلفه المتعاملون من جهد ووقـت ومصروفات فى استخراج الشهادات العقارية من أكثر من جهة واحدة عندما يراد إجراء أى تصرف عقارى .

ولذلـك نصت المادة الرابعة من القانون على أن : " تلغى أقلام التسـجيل الملحقـة بالمحـاكم الوطنية والمختلطة والشرعية وتحل محلها مكاتب الشهر العقارى . ويحال ما بهذه الأقلام وما بمصلحة المسـاحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب " .

ونصـت مادتـه الخامسـة على أن : " يختص كل مكتب من مكاتـب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه .

وإذا كانـــت العقارات واقعة فى دائرة اختصاص مكاتب متعددة وجب إجراء الشهر فى كل مكتب منها .

ولايكــون للشهر الذى يتم فى أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات أو أجزاء العقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه .

ويعـــد بكل مكتب فهرس للمحررات التى تم شهرها فيه وتحرر الشـــهادات العقاريـــة الـــتى تطلـــب وفقا للبيانات الواردة فى هذا الفهرس.

ويعـــد بكل مكتب فهرس للمحررات التى تم شهرها فيه وتحرر الشـــهادات العقاريـــة الـــتى تطلـــب وفقا للبيانات الواردة فى هذا الفهرس.

ويبيـــن فى الشهادات قلم التسجيل الذى شهرت فيه المحررات متى كان شهرها سابقا على العمل بأحكام هذا القانون (م٥) .

٢- التوسع فى المحررات الواجب شهرها بالتسجيل :

(أنظر بنود ٢٢٧ ومابعده) .

٣- إيجاب شهر حق الإرث :

أوجبـــت المـــادة ١٣ مـــن القـــانون شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبـــتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق

عينــية عقارية وذلك بدون رسم وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق .

و قد تناولنا ذلك بالتفصيل سلفا .

٤- التوسع فى الدعاوى الواجب تسجيلها أو التأشير بها .

(أنظر فى التفصيل بنود ٢٧٤ ومابعده) .

أحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل)
بتنظيم الشهر العقــارى
(العقود والأحكام والدعاوى واجبة التسجيل)
(الطائفة الأولى)

تســجيل جمــيع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقاريــة الأصــلية أو نقله أو تغييره أو زواله والأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك .

٢٢٧ ـ النص القانونى :

المــادة التاسعة مـن القـانون رقـم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المستبدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ :

"جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبــتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية .

ويترتــب علــى عــدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنــتقل ولا تتغــير ولاتزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ولايكــون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن .

ويجـوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضىله به، كمـا يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة .

ويجـوز لمـن حصل على حكم نهائى لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة .

ولاتسـرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة " .

التصرفات والأحكام التى توجب المادة شهرها :

(أ) التصـرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله .

٢٢٨ ـ شمول هذه التصرفات العقود التى تبرم بين الأحياء والتصـرفات الـتى تعقد بالإرادة المنفردة والمضافة إلى ما بعد الموت :

التصـرفات المنصـوص عليها بالمادة والتى يجب تسجيلها ، تشمل جميع التصرفات أيا كان سند المتصرف أو مصدره [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٠ .

وقـد اسـتبدل النص كلمة " التصرفات " بكلمة " العقود " التى وردت بالمـادة الأولـى من قانون التسجيل ، فأصبح النص الحالى شـاملا لـيس فقـط للعقود والاتفاقات ، بل شاملا أيضا للأعمال القانونية التى تصدر من جانب واحد [١].

كمـا حـذف من النص عبارة " بين الأحياء" التى كانت واردة بالمادة الأولى من قانون التسجيل ، فأصبح النص شاملا للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، بعد أن كان قانون التسجيل لايتناولها.

ومـثال التصـرفات الـتى تـبرم بيـن الأحياء : عقود البيع والمقايضـة وعقـود الشركات المشتملة على حصص عقارية قام بتقديمها أحد الشركاء، والعقود المنشئة لحق انتفاع أو حق استعمال على عقار أو حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر .

ومثال التصرفات التى تبرم بالإرادة المنفردة :

١- **الوقـف** . وقـد خصه النص مع الوصية بالذكر لأهميتهما وخطرهما .

والمعلـوم أنـه بمقتضى المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسـنة ١٩٥٢ أصـبح لايجـوز الوقف على غير الخيرات ، ويعتبر منتهيا كل وقف لايكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهـة الـبر فإذا كان الوقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو

---

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى .

مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلـــى غـــير جهات البر اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا .حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات (م٢/١، ٢).

٢- **الوصية** . وقد رأينا أن النص خصها بالذكر .

ولـــم تكـــن الوصـــية - كما رأينا - من التصرفات التى يجوز شـــهرها فى قانونى التسجيل رقمى ١٨ ، ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، لأنهما كانا يقصران التسجيل على العقود الصادرة بين الأحياء .

علـــى أن عدم الوجوب هذا لم يمنع من أراد تسجيل وصية من تسجيلها ، وكانت تسجل فى المحكمة المختلطة بطريق الإيداع [1].

وقـــد آثـــار الوقت الذى يجب أن يتم فيه تسجيل الوصية جدلا واختلفت فيه الآراء .

فذهب رأى إلى أن الوصية خاضعة للشهر وقت إبرامها فإذا ما قام الموصى بتحرير الوصية فيجب عليه أن يقوم بتسجيلها .

وي رتكـــن هذا الرأى إلى أن القانون يعتبر الوصية تصرفا من التصـــرفات التى تنشأ بإرادة الموصى منفردة ، وعلى ذلك فتعتبر الوصية موجودة قانونا بمجرد أن يوجد محرر يتصرف فيه شخص فى تركته بعد وفاته .

---

(١) الأســـتاذ محمـــد خلف شرح قانون تنظيم الشهر العقارى من الناحيتين القانونية والعملية الطبعة الأولى ١٩٤٧ ص ٣٩ .

فـإذا ما سجل الموصى الوصية أوقفت اتخاذ الخطوات التالية للشـهر أى التصـوير ونقـل التكلـيف والتنفيذ فى دفاتر المساحة والخرائط إلى ما بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له .

على أنه يترتب على الأخذ بهذا الرأى عدة صعوبات من بينها:

١- إذا تم شهر الوصية ثم أراد الموصى أن يرجع عنها لوجب اتخاذ إجراء نحو التأشير بهذا الرجوع على هامش الوصية .

فـإذا كـان العدول عن الوصية ضمنيا كأن يتصرف الموصى حال حياته فى العقار موضوع الوصية لأى شخص بالبيع أو الهبة أو الوقـف فـيلزم التأشير بمضمون التصرف الجديد على هامش تسـجيل الوصـية حتى يعلن للكافة أن الوصية قد عدل عنها رغم إجراء شهرها .

فإذا قلنا أن لشهر الوصية قبل الوفاة حجية قبل الموصى تمنعه من التصرف مرة ثانية لكان فى ذلك خروج على ما أورده القانون رقـم ٧١ لسنة ١٩٤٦ من مبادئ خاصة بالوصية ، ويترتب على هـذا أن يسـلب الموصـى حق العدول عن الوصية ، ولم يقصد المشرع قطعا إلى شئ من ذلك .

٢- يـتعلق انـتقال الملكـية نهائيا إلى الموصى له بقبول هذا الأخير للوصية . فإذا رد الموصى له الوصية التى سبق أن سجلها الموصـى لوجـب اتخـاذ إجراء نحو شهر هذا الرد إما بواسطة

الموصى له أو بواسطة الورثة وذلك بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل الوصية نفسها .

وذهب رأى ثان إلى : أن الوصية موجودة منذ صدور إرادة الموصى بها إلا أن الملكية لاتثبت للموصى له إلا إذا قبل الوصية بعد وفاة الموصى، وعلى ذلك فلا يصح تسجيل الوصية إلا بعد أن تكون قد أصبحت صالحة لنقل الملكية نهائيا إلى الموصى له وذلك يتحقق وفاة الموصى مصرا عليها وقبول الموصى له بها .

وهذا الرأى الأخير يتفق ونص القانون إذ لم يقصد المشرع بشهر الوصية ، إلا إظهار انتقال الملكية . ولاتنتقل الملكية بالشهر إلا إذا كان الموصى له قد قبل الوصية ، وعلى ذلك فلا تخضع الوصية لإجراء التسجيل إلا بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له ، ومع ذلك فيجوز للموصى أن يسجل الوصية بمحض اختياره [١].

٣- إنشاء المؤسسة الأهلية :

تنص المادة ٥٦ من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية[٢] على أن :

---

(١) الشهر العقارى علما وعملا تأليف الدكتور محمود شوقى إعداد وتقديم فتحى جابر العقيلى سنة ١٩٩٠ ص ٣٧٩ وما بعدها .

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكررا (أ) بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٥ .

" تنشـــأ المؤسســـة الأهلـــية بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معيـــنة لتحقـــيق غـــرض غـــير الربح المادى ، وتسرى فى هذا الخصوص أحكام المادة (١١) من هذا القانون " .

وتنص المادة ١١ سالفة الذكر على أن :

" تعمـــل الجمعيات على تحقيق أغراضها فى الميادين المختلفة لتنمـــية المجـــتمع وفقـــاً للقواعد والإجراءات التى يحددها القانون واللائحـــة التنفـــيذية، ويجـــوز للجمعية – بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية – أن تعمل فى أكثر من ميدان .

ويحظر إنشاء الجمعيات السرية ، كما يحظر أن يكون من بين أغراض الجمعية أن تمارس نشاطا مما يأتى :

١- تكويـــن الســـرايا أو التشـــكيلات العسكرية أو ذات الطابع العسكرى.

٢- تهديـــد الوحدة الوطنية أو مخالفة النظام العام أو الآداب أو الدعوة إلى التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة .

٣- أى نشاط سياسى تقتصر ممارسته على الأحزاب السياسية وفقـــا لقـــانون الأحـــزاب، وأى نشاط نقابى تقتصر ممارسته على النقابات وفقا لقوانين النقابات .

٤- استهداف تحقيق ربح أو ممارسة نشاط ينصرف إلى ذلك .
ولايعد اتباع الضوابط التجارية لتحقيق ناتج يساهم فى تحقيق أغراض الجمعية نشاطاً مخالفا " .

كما تنص المادة ٥٧ من القانون على أن :

" يكون إنشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية أو منهما معاً .

ويضع المؤسسون نظاماً أساسياً يشمل على الأخص البيانات الآتية:

(أ) اسم المؤسسة ونطاق عملها الجغرافى ومقر مركز إدارتها بجمهورية مصر العربية .

(ب) الغرض الذى تنشأ المؤسسة لتحقيقه .

(ج) بيان تفصيلى للأموال المخصصة لتحقيق أغراض المؤسسة .

(د) تنظيم إدارة المؤسسة بما فى ذلك طريقة تعيين رئيس وأعضاء مجلس الأمناء وطريقة تعيين المدير .

كما يجوز إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى أو بوصية مشهرة يعد أيهما فى حكم النظام الأساسى للمؤسسة بشرط اشتماله على البيانات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة .

ويـــرفق باللائحـــة التنفـــيذية لهذا القانون نظام نموذجى يجوز للمؤسسات الأهلية اتباعه " .

ويبين مما تقدم أن إنشاء المؤسسة الأهلية يجوز أن يكون بسند رسمى أو وصية ، أى بتصرف قانونى صادر من جانب واحد ينقل ملكـــية المـــال مـــن مالكه منشئ المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهو شخص اعتبارى (م٥٩) .

فـــإذا كان المال الذى تم تخصيصه للمؤسسة لمدة معينة أو غير معيـــنة عقـــارا ، فـــإن ملكـــية هذا المال لاتنتقل إلى المؤسسة إلا بالتسجيل[1].

٤- التصرفات الإدارية :

أصـــبح خاضـــعا للشـــهر كل تصرف من التصرفات الإنشائية بصـــرف النظر عن سنده ومصدره ، ولذلك قضت محكمة النقض بأن إجراء الشهر يمتد إلى القرار الصادر من وزير المالية بتوزيع طـــرح البحر طبقا للمادة العاشرة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٣ لأن هذا القرار يعتبر سندا للملكية .

---

(١) وكانـــت تـــنظم إنشاء المؤسسة المادة ٦٩ من التقنين المدنى ، إلا أنها ألغيت بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤، وألغى القانون الأخير بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩. وقـــد قضـــى بعدم دستورية هذا القانون ، فصدر القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ الذى ألغى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .

فقد قضت بأن :

" إن قـــانون التســـجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ لم يوجب تسجيل القرارات الإدارية بتوزيع طرح البحر على اعتبار أنها لم تكن من العقـــود الواجـــب تســـجيلها بمقضـــى هذا القانون وأنه وإن كانت التصرفات الواجب شهرها وفقا للمادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ تشـــمل إلـــى جانب العقود التصرفات الإدارية التى تتناولها حقوقا عينية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر إلا أن هـــذا القـــانون لـــيس له أثر رجعى فهو لايسرى على القرارات السابقة عليه ... الخ " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

وقـــد رأيـــنا أن قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ أوجـــب أن يوقع أصحاب العقارات والحقوق التى تقدم فى شـــأنها معارضات على نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أمـــا الممـــتلكات التى يتعذر فيها ذلك لأى سبب كان فيصدر بنزع ملكيـــتها قـــرار مـــن الوزيـــر المختص وتودع النماذج أو القرار الـــوزارى فى مكتب الشهر العقارى المختص ، ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة للعقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع (م١/١١) .

أى أن الشهر هنا يتم بطريق الإيداع .

(راجع فى التفصيل المجلد الأول بند ١٥) .

كما يجب شهر القرارات التى تصدر جهة الإدارة بإنشاء حقوق ارتفاق بالرى أو بالصرف طبقا لأحكام قانون الرى والصرف رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ (المعدل) .

٢٢٩ـ التصرفات التى من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية :

التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ، هى كافة التصرفات التى يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية ابتداء . بصرف النظر عن سندها ومصدرها .

ومثال ذلك : عقد ينشئ حق انتفاع أو حق استعمال أو سكنى أو ارتفاق أو حكر على عقار .

أما حق الملكية فلا ينشئه العقد ، لأن الإنشاء معناه الإيجاد ، والملكية لا توجد ابتداء إلا بالاستيلاء ، والاستيلاء ليس بعقد ولا هو بتصرف قانونى ، وإنما هو واقعة مختلطة ، اختلطت فيه الحيازة المادية وهى عنصر مادى بإرادة المستولى فى أن يتملك فى الحال وهى عنصر إرادى ، ولكن العنصر المادى هو المتغلب، ومن ثم الحق الاستيلاء بالوقائع المادية .

وعلى ذلك لايعتبر الاستيلاء تصرفا قانونيا ، ولايكون واجب التسجيل [١].

٢٣٠- التصرفات التى من شأنها نقل الحقوق العينية العقارية الأصلية:

هذه التصرفات تحصل بتغيير المالك للعقار .

ومن أهم الحقوق العينية العقارية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار ، وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع [٢].

وتشمل هذه العقود أيضا المقايضة والوفاء بمقابل إذا كان المقابل عقارا وهبة العقار ، وبيع حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق .

٢٣١- التصرفات التى من شأنها تغيير الحقوق العينية العقارية الأصلية :

ومن أمثلة ذلك : عقد مغير لحق الملكية على عقار ، بعقد يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشرط

---

(١) السنهورى ص ٤٥٦ .

(٢) ويتفق هذا الرأى مع رأى الدكتور السنهورى ص ٤٦٥ فى أن البيع من العقود الناقلة للملكية ، إذ يذهب البعض إلى أن البيع من العقود المنشئة للملكية (محمد على عرفه ص ٣٣١) .

المانع من التصرف ، وعقد ملكية الأسرة ، وعقد مغير لحق الانتفاع لمدة معينة بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها .

٢٣٢ـ التصرفات التى من شأنها زوال الحقوق العينية العقارية الأصلية :

ومثال ذلك عقد ينهى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى قبل انقضاء مدة الحق .

ولما كانت الملكية حقا مؤبدا فإنه لايتصور إبرام عقد ينهى حق الملكية .

٢٣٣ـ المقصود بالأحكام النهائية المثبتة للتصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله :

أوجبت المادة التاسعة شهر جميع الأحكام النهائية المثبتة للتصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وذلك بطريق التسجيل .

ويقصد بالأحكام هنا الأحكام بالمعنى الواسع فتشمل القرارات الصادرة من جهات القضاء سواء كانت صادرة من محكمة جزئية أو محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف ، والقرارات الصادرة من محكمين . وإنما يشترط أن تكون الأحكام والقرارات نهائية .

ويــرى الــبعض أن قــانون الشــهر العقارى ومن قبله قانون التسجيل لم يكن موفقا فى الصيغة التى بين بها ما يجب تسجيله من الأحكام ، لأن المعروف أن الأحكام كلها مقررة للحقوق إلا ما كان بطبيعته منشئا حالة قانونية [(١)].

ويرى الفقه أنه يمكن القول أن الأحكام المقصودة بالمادة هى :

١ـ أحكام مرسى المزاد :

يجــب تســجيل الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد العلنى التى يترتب عليها نقل الملكية والحقوق العينية .

ومــثل ذلك الأحكام التى تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة أو عقــب زيــادة العشر أو عند إعادة البيع على مسئولية المشترى المــتخلف وذلــك طبقا للإجراءات التى رسمها قانون المرافعات ، ويصــدر حكم إيقاع البيع بديباجة الأحكام ويشتمل على صورة من قائمــة شــروط البــيع وبيان الإجراءات التى اتبعت فى تحديد يوم البــيع والإعــلان عنه وصورة من محضر الجلسة ويشمل منطوقه

---

(١) محمــد كامل مرسى ص ١١٦ – المستشار حامد فهمى فى بحثه نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية من وجهتها الشرعية والقانونية وأثرها فى الفقــه وأحكــام التســجيل مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٤٧ ومابعدها .

على أمر المدين أو الحائز أو الكفيل العينى بتسليم العقار لمن حكم بإيقاع البيع عليه .

ويجـــب إيداع نسخة الحكم الأصلية ملف التنفيذ فى اليوم التالى لصدوره (م٤٤٦ مرافعات) .

ويقــوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل الحكم بإيقـــاع البـــيع خـــلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره . ويكون الحكم المســـجل ســـندا بملكية من أوقع البيع عليه . على أنه لاينقل إليه ســـوى مـــا كـــان للمدين أو للحائز أو الكفيل العينى من حقوق فى العقار المبيع (م٤٤٧ مرافعات) .

وإذا حكـــم بإيقـــاع بيع العقار على حائزه لا يكون تسجيل هذا الحكم واجبا ويؤشر به فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا وهامش تسجيل إنذار الحائز (م٤٤٨ مرافعات) .

غير أن حكم مرسى المزاد لا يكون ناقلا للملكية فى حالتين :

الحالـــة الأولى : إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها .

ومـــن ثم يجب تسجيل حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة عملا بالمـــادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى لا بالمادة التاسعة من هذا القانون .

الحالة الثانية :

ما ذكرناه سلفا من أن المادة ٤٤٨ مرافعات نصت على أنه إذا حكـم بإيقــاع بيع العقار على حائزه لا يكون تسجيل الحكم واجبا ويؤشر به فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا وهــامش تسجيل إنذار الحائز ، لأن حكم مرسى المزاد لا يكون قد أنشــأ ملكية جديدة للحائز وإنما يكون مقررا للملكية ويجب تسجيله طبقا للمادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن حكم مرسى المزاد لاينشئ ملكية جديدة مبتدأة للراسى عليه المزاد وإنما يكون من شأنه أن ينقل إليه ملكية العقار المبيع من المدين أو الحائز .

إذ ذهبت فى الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧ بــأن :

" إن حكــم رســو المزاد لاينشئ – بإيقاع البيع – ملكية جديدة مبتدأة للراسى عليه المزاد، وإنما يكون من شأنه أن ينقل إليه ملكية العقار المبيع من المدين أو الحائز ، وهذه الملكية وإن كانت لاتنتقل إلى الراسى عليه المزاد ما لم يسجل حكم رسو المزاد وفقا لأحكام القانونين رقمى ١٨ ، ١٩ لسنة ١٩٢٣ المقابلة لأحكام القانون رقم ١١٤ لســنة ١٩٤٦ ، إلا أن هذا التسجيل لايمنع من أن ترفع على

---

(١) السنهورى ص ٤٧٣ محمد على عرفه ص ٣٣٧ .

الراسى عليه المزاد دعوى الإبطال أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع لعيب يشوب إجراءات التنفيذ أو ملكية المدين أو الحائز ".

٢- أحكام الشفعة :

تـنص المادة ٩٤٤ مدنى على أن : " الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبرا سندا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " ، وقد ذهبت غالبية الفقه إلى أن الحكم الصادر بالشفعة ناقل للملكية وليس مقررا لها فالشفيع لايتملك إلا بالتراضى أو بحكـم القاضى، ومن ثم فإنه يجب تسجيل الحكم النهائى بثبوت الشفعة طبقا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى[1] .

وقـد أيـدت هـذا الرأى الدوائر المجمعة لمحكمة الاستئناف بتاريخ ١٩٢٢/٣/٢٩ .

كما أخذت به محكمة النقض ، إذ ذهبت إلى أن :

١- " إذا كـان حـق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبـيع مـع قيام المسوغ ، فإن العين المشفوعة لاتصير إلى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة . ولاسـند فـى القانون لدعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٨ – السنهورى ص ٤٧٣ وما بعدها – محمد كامل مرسى الشفعة فى العقار الطبعة الثالثة ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ ص ٣٤٣ وما بعدها– محمود شوقى ص ٢٤٥ وما بعدها .

للحكم ولو كان قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه. ذلك بأن الشارع إذ نص فى المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع إنما أراد بالسند السبب القانونى المنشئ لحق الملكية ، لادليل الملكية أو حجيتها .

ومقتضى هذا النظر ولازمه أن المشفوع لايصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لايوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لاينسحب على الماضى . ولايفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء فى المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيدا حق المشترى فى البناء والغراس فى العين المشفوعة ، ولا ما جاء فى المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لايسرى على الشفيع كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة ، فإن الشارع المصرى إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية وهى مخرجة فيه ، لا على فكرة الأثر الرجعى ، بل على فكرة العدل والبعد عن الجوار والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشترى والشفيع . وكذلك لايتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه فى المادة

الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له فـــى حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع ، فإن هذا لايعين أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت طلب الشفعة " .

(طعن رقم ٨٥ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١٠/٣١)

٢- " نصـــت المـــادة ١٨ من قانون الشفعة – القديم- على أن الحكـــم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، ومـــن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشـــفيع إلا بـــالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، إذ هو سند تملكه . وينبـــنى علي ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشترى وحده عـــن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابـــتداءِ من هذا التاريخ فقط حتى لو كان قد عرض الثمن على المشـــترى عرضـــا حقيقيا أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضـــه ، وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافى بعد أن كان قد رفضها الحكم الابـــتدائى وحالـــة مـــا إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بـــالحكم الاســـتئنافى ، إذا العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء أكان ملغيا أم مؤيدا للحكم الابتدائى .

وإذن فمـــتى كـــان الواقـــع فى الدعوى هو أن المطعون عليهم اشـــتروا الأطـــيان والـــتزموا بدفع ثمنها رأسا إلى البنك المرتهن لأطيان البائعين الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصما من دين الراهن المســـتحق علـــى البائعيـــن، ولما أن قضى بأحقية الطاعن فى أخذ الأطـــيان المبيعة بالشفعة حل محل المطعون عليهم فيما التزموا به مـــن دفع كامل ثمن الأطيان المشفوع فيها إلى البنك المرتهن رأسا وقـــام بدفع هذا الثمن إلى البنك مع فوائده من تاريخ استحقاقه ، ثم أقـــام دعواه على المطعون عليهم يطالبهم بريع الأطيان من تاريخ طلـــب أخذها بالشفعة حتى تاريخ تسلمه لها فقضى الحكم المطعون فيه برفضها – فإن الحكم يكون قد أصاب إذ قضى برفض الدعوى فى خصوص ريع المدة السابقة على تاريخ صدور الحكم الاستئنافى المؤيد للحكم الابتدائى القاضى بالشفعة ، إذ مجرد دفع الطاعن ثمن الأطيان وفوائده وحلوله محل المطعون عليهم لا يكسبه أى حق فى الريع عن المدة سالفة الذكر ، إلا أن الحكم من جهة أخرى يكون قد أخطـــأ فـــى خصوص قضائه برفض طلب الريع عن المدة التالية للحكم النهائى بأحقية الطاعن فى الشفعة " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١٥)

٣- الأحكام المثبتة لتصرف وقع شفاهة :

يـــندرج ضمن هذه الأحكام التى يجب تسجيلها كل حكم يصدر مثبــتا لوجـــود تصرف وقع مشافهة أو بكتابة غير مسجلة متضمنا إنشـــاء حـــق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله(١).

وهـــذه الأحكـــام هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بهذه الحقوق .

ومن أهم هذه الدعاوى دعاوى صحة التعاقد فى بيع العقار .

وقد يعترض على هذا الفهم بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد خص " دعاوى صحة التعاقد " بالذكر، ولم يذكرها فى الفقرة الأولى من المادة التاسعة ، بل ذكرها فى الفقرة الثانية من المادة ١٥ ضمن الدعـــاوى الواجبة التسجيل . وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شـــهر الأحكـــام النهائية الصادرة فى دعوى صحة التعاقد . وإنما تكـــون هـــذه الأحكام واجبة الشهر بموجب المادتين ١٥، ١٦ من قانون الشهر العقارى لابموجب المادة ١/٩ من هذا القانون ، ولكنها تكون واجبة الشهر علىَ كل حال (٢).

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٧ .

(٢) السنهورى ص ٤٧١ وما بعدها .

٢٣٤ـ قصر التسجيل على القدر المقضى به :

تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن:
" جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أوتغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات ، الوقف والوصية .

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن .

ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى له به ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة .

ويجوز لمن حصل على حكم نهائى لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة .

ولاتسرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة " .

وقد أضيفت الفقرات الثلاث الأخيرة إلى القانون ، بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦.

فقد استحدث القانون الأخير بموجب هذه الفقرات الثلاث أحكاما أجـاز بمقتضاها لمن يحصل على حكم مع آخرين مثبت لحق من الحقـوق العينـية الأصلية أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضـى له بـه أو علـى نصيبه فى ناحية معينة بالنسبة للأراضى الزراعية أو قسم معين بالنسبة للعقارات الكائنة بالمدن وذلك تيسيرا عليه حتى لايلزم بدفع رسوم الشهر عن كامل أنصبة الشركاء على نحـو ما يجرى به العمل فى ظل القانون القائم كما رئى أن يستفيد من هذه التيسيرات من صدر لصالحه حكم بمفرده دون اشتراكه مع آخرين ، إلا أن هذه الأحكام لاتسرى إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة لأن ذلك يتنافى مع طبيعة عقد المقايضة باعتبار أنه فى حقيقته بيع وشراء بالنسبة لكلا الطرفين المتقايضين[١].

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦– تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب عن مشروع القانون المذكور .

الجـزاء المترتب على عدم الشـهر

٢٣٥ـ النص القانونى :

المــادة ٩ فقــرة أولى وثانية وثالثة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ :

" جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل فى هذه التصرفات ، الوقف والوصية .

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ولايكــون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن " .

٢٣٦ـ عـدم إنشـاء الحقـوق العينـية العقاريـة الأصـلية ولانقـلها ولاتـغييرها ولازوالها سواء بين المتعاقـدين أو بالنسبة إلى الغير :

يترتــب علــى عــدم تسجيل العقد ، عدم إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصية ولانقلها ولاتغييرها ولازوالها سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

وكان القانون المدنى القديم لايستلزم التسجيل فى العقود المنشئة أو الناقلة للملكية وسائر الحقوق العينية العقارية إلا للاحتجاج بالحق فـــى مواجهـــة الغير. أما بين المتعاقدين فقد كانت الملكية والحقوق العينــية تنــتقل وتنشـــأ بمجرد العقد ، فالتسجيل لم يكن إذن سوى إجـــراء مـــن إجراءات الشهر والعلانية . ورغم عدم التسجيل كان المشترى يعتبر مالكا فى مواجهة البائع وورثته ودائنيه العاديين ومن اكتسب حقا على العقار ولم يقم بشهره .

ففـــى ظل ذلك التقنين (قبل صدور قانون التسجيل) كان العقد يـــنقل الملكـــية فى العقارات ، ولم يكن استلزام الشهر عن طريق التسجيل سوى تقييد لأثره الناقل فى مواجهة الغير .

ولما صدر قانون التسجيل نصت مادته الأولىعلى أن : " جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتى من شأنها إنشـــاء حـــق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك يجب إشهارها بواسطة تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية وذلك مع مراعاة النصوص المعمـــول بهـــا الآن فـــى مـــواد الامتـــياز والرهـــن العقـــارى والاختصاصات العقارية .

ويترتـــب علـــى عـــدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم.

ولا يكــون للعقــود غــير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقــوق العينــية العقاريــة الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين " .

وبمقارنــة هــذه المادة بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقــارى يتضح أن المشرع استبقى فى القانون الأخير الحكم الذى أتــى بــه قــانون التسجيل من أن جميع الحقوق العينية العقارية الأصــلية لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين أصحاب الشأن ولا بالنســبة إلــى الغير إلا بالتسجيل . كما استبقى كذلك فى المادة العاشــرة حكــم المادة الثانية من قانون التسجيل التى تستلزم شهر جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية حتى تكون حجة على الغير .

كذلــك يســتخلص مــن مقارنة المادة التاسعة من قانون تنظيم الشــهر العقارى بالمادة الأولى من قانون التسجيل أن المشرع أحل كلمــة (التصــرفات) محل كلمة (العقود) الواردة فى المادة الأخيرة لأنهــا أعم فى مدلولها ، فهى تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات، الأعمال القانونية التى تصدر من جانب واحد، فيقع فى حكم النص الوقــف والتصــرفات الإداريــة التى تتناول حقوقا عينية عقارية كقــرارات نــزع الملكــية للمنفعة العامة ومحاضر مرسى المزاد

المتضمنة بيع عقارات بالطريق الإدارى . كذلك أغفل المشرع عبارة " الصادرة بين الأحياء " الواردة فى المادة الأولى من قانون التسجيل ، فلم يذكرها فى المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى حتى يشمل مدلول النص التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وزيادة فى الإيضاح والتأكيد رأى أن يخص بالذكر الوقف والوصية إبرازا لأهميتهما وخطرهما [١].

ويترتب على عدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل ما يأتى :

(أ) – أنه طالما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فيها .

ولذلك إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما ، فإذا قام هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فإن الملكية تخلص إليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة الأولى من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تقضى بأن جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله يجب تسجيلها ، وأن

---

(١) أنور سلطان طبعة ١٩٩٣ ص ١٩٤ ومابعدها .

عـدم تسـجيلها يترتب عليه ألا تنشأ هذه الحقوق ولاتنتقل ولاتتغير ولاتـزول ، لا بيـن المتعاقدين أنفسهم ولا بالنسبة لغيرهم ، وأنه لايكـون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بيـن المتعاقدين ، وأن هذه الأحكام تعتبر مقيدة للنصوص الخاصة بانـتقال الملكـية والحقوق العينية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين .

فمـا لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حـتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكون للمتصرف إليه فـى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجـرد أمـل فـى الملكية دون أى حق فيها . وفى تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما، فـإذا أدرك هـذا الشـخص الآخـر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له – بمجرد تسجيله– تلك الملكية العينـية التى لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصـرف إلـيه الـثانى سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حـرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أى إنسـان لم يكن عقده مسجلا ناقلا الملك فعلا إليه أن ينازع من آل إلـيه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعيا أن له حقا عينيا على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لايقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب

العقـد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله ، لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ ".

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/١٢)

٢- " جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقا لقانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ إذا لم يتم تسجيل العقود التى من شأنها إنشاء حـق الملكـية أو حـق عيـنى عقارى فإن الملكية تظل على ذمة المتصرف فإذا هو تصرف فيها لشخص آخر بادر إلى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد هذا التسجيل ، ولامحل للتحدى بسبق علم المتصـرف إلـيه الأخير بحصول تصرف البائع لشخص آخر عن ذات العقـار أو سـوء نيـته أو تواطـئه مـع البائع على حرمان المتصـرف إليه الأول من الصفقة مادام أن المناط فى نقل الملكية هو التسجيل بمجرده " .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/١)

٣- " حق ملكية العقار لاينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغـير إلا بالتسـجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصـادر إليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لاتؤول إليه هو إلا تسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشـرع بالمـادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لايقـبل فـيما يـتعلق بإثـبات أصـل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها .

فـــإذا توصـــل المشـــترى إلـــى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصـــادر بصـــحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شـــهره فإنـــه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

٤- " لاتنتـــقل الملكـــية - فى المواد العقارية- ولا فى الحقوق العينية الأخرى سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. ومالم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولايكون للمتصـــرف فى الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجـــرد أمـــل فـــى الملكية دون أى حق فيها . فإذا كان الثابت أن المشـــترين مـــن مصلحة الأملاك لم يسجلا عقدهما فإن العين محل التعاقد تكون باقية على ذمة المصلحة البائعة فإذا خصصت للمنفعة العامـــة فـــإن تخصيصها يكون قد ورد على مال من أموال الدولة ولـــيس علـــى مال مملوك لأحد الأفراد وبالتالى تصبح من الأموال العامة التى لايجوز التصرف فيها " .

(طعن رقم ٤٥٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/٢١)

٥- " إن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى، يقضى بأن ملكية العقار لاتنتقل من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل

عقـد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكـم علـى هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت ، وتسـجيل الصحيفة يحفظ لرافع الدعوى حقوقه من تاريخ حصوله، بحيـث أنه متى حكم له بطلباته فإن الحق الذى قرره الحكم ينسحب إلى يوم تسجيل الصحيفة إذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبقا للقانون دون أن يـتأثر بمـا يصـدر من البائع أو ما صدر من مورثه من تصـرفات أشهرت بعد هذا التاريخ ، ومفاد ذلك أنه لايكفى لاعتبار العقد مسجلا تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلـك ويؤشـر به على هامش تسجيل الصحيفة وما لم يحصل هذا التأشـير لا يكـون للحكم بصحة التعاقد أية حجية بالنسبة لتسجيل العقد" .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٦- " الملكـية لا تنـتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع ، والعقد الذى لم يسجل ينشئ التزامات شخصية بين طرفيه ، فإذا لم يسـجل المشـترى من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكية ، ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته ... " .

(طعن رقم ١٤٧٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣٠)

(ب) – أنـه لايجـوز للمتصرف إليه أن يرفع ضد المتصرف دعوى تثبيت ملكيته للعقار المبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايترتب على عقد البيع العرفى انتقال الملكية للمشترى ومن مقتضـــى ذلك أنه لايجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفى ..... الخ".

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

(ج) – أن العقـــار المبـــيع يظـــل فـــى الضـــمان العام لدائنى المتصرف إلى حين التسجيل .

(د) – أنـــه يجـــوز لدائنى المتصرف أخذ حق اختصاص على العقار المبيع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" إن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يـــتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحققه أثر العقد إلى يوم تاريخه . ولذلك لايعتبر المشترى مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشـــتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقـــده إذ أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين ".

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٢/٩)

(هـــــ) أنه يجوز للدائنين أن ينفذوا على العقار محل التصرف مـــادام المتصرف إليه لم يسجل العقد . فقد نصت المادة ٤٠٥ من قـــانون المرافعات على أنه : " لاينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفــيل العينى فى العقار ولاينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فـــى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البـــيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية " .

(راجع فى حكم إقامة المشترى قبل التسجيل بناء على الأرض المبيعة بند ١٨٠)

٢٣٧- المقصود بالغير فى نطاق المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى :

ليس المقصود بالغير فى نطاق المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى ، كل أجنبى عن العقد ، وإنما يقصد به كل من تلقى حقا عينيا على عقار وقام بتسجيل التصرف الذى تلقى بموجبه هذا الحق. أى تلقى حقا من الحقوق التى يجب أن تقيد أو تسجل ، كحق الامتـــياز أو حـــق الرهـــن العقارى ، أو أى حق آخر من الحقوق العينية العقارية .

فـــإذ تصرف شخص فى عقاره بالبيع لشخصين على التعاقب، وســـجل المشترى الثانى عقده قبل تسجيل عقد المشترى الأول فإنه يفضــــل ولــــو لـــم يكن قد سجل عقده أو كان قد تأخر فى تسجيله. وتحديــــد معـــنى الغير على هذا النحو لايشمل بطبيعة الحال الدائن العادى ، لأن القانون لم يلزمه بالقيام بإجراءات خاصة للتسجيل أو القيد للمحافظة على حقه .

وعلــــى ذلك يسرى فى مواجهته البيع الصادر من مدينه ولو لم يكن مسجلا مادام ثابت التاريخ [١].

٢٣٨ـ العقد غير المسجل يرتب التزامات شخصية :

عقد البيع غير المسجل ، هو عقد بيع صحيح ، ولهذا فإن جميع آثـــار البيع فيما عدا انتقال الملكية ، تترتب عليه فور انعقاده . فهو لاينـــتج أثـــرا فى مجال الحقوق العينية ، ولكنه بصفته عقدا ينشئ التزامات أو حقوقا شخصية .

وقد أشارت إلى هذا الأثر الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة من قـــانون تنظـــيم الشـــهر العقارى ، فهى تنص على أنه : " **لا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشـــأن** " . وبهذا قضت أيضا الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون التسجيل .

---

(١) أنور سلطان شرح عقدى البيع والمقايضة ١٩٩٣ ص ١٨٤ .

وقــد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى أنــه : " أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (المادة التاسعة) فهمــا مطابقــتان للفقرتين الثانية والثالثة من قانون التسجيل ولم ير إجــراء أى تعديــل فــى نصوصها اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمــة الــنقض والإبــرام تفسيرا لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لاتنشأ ولاتنتقل ولا تتغــير ولاتزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل دون أن يكــون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه. كمــا أنهــا تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمــن عقــد التصــرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصــرف أن يرتــبها له ما عدا انتقال الحق العينى فيتراخى هذا الانــتقال حــتى حصــول التســجيل . ففى عقد البيع مثلا ، يكون لمشــترى العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريعه وثمراته طــبقا لأحكــام هذا العقد حتى قبل حصول التسجيل . وكذلك لهذا المشــترى الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينــيا ، فإذا امتنع أو تأخر جاز للمشترى أن يحصل فى مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلا للتسجيل ".

وينبـــنى على ذلك أنه إذا كان العقـــد بيعا مثلا لـــم يسجل فإنه يترتب عليه ما يأتى :

(أ) – يلـــتزم المشترى بأن يقوم بدفع الثمن ، وليس له أن يمتنع عـــن دفـــع الثمـــن بحجة أن التسجيل لم يتم . مادام أن التأخر فى التســـجيل غير راجع إلى تقصير البائع . وإنما يجوز للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، أو امتنع عن تحرير العقد القابل للتسجيل أو عن الحضور أمام الموظف المختص بالتصـــديق علـــى التوقيعات فعندئذ يجوز للمشترى أن يدفع مطالبة البائع له بالثمن بالدفع بعدم التنفيذ .

(ب) أن الـــبائع يلـــتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ، كما يلزم بضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية .

(ج) يكـــون للمشترى ثمرات المبيع وريعه من وقت تمام العقد ســـجل أو لـــم يســـجل . إلا أن حق المشترى فى ذلك يقتصر على علاقـــته بالـــبائع ولا يجـــوز له أن يتمسك به إزاء الغير كمغتصب للمبيع ما لم يكن قد تسلمه بالفعل ووضع يده عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " عقد البيع غير المسجل وإن كان لايترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبـــيع ، ويترتـــب علـــى الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى ، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار " .

(طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٨)

٢- (أ)- "عقد البيع غير المسجل ، وإن كان لايترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع ، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى ، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار " .

(ب)- " استناد الحكم إلى عدم تسجيل العقد الذى اشترى به الطاعنون الأرض وأن هذه الأرض لا تدخل فى سند ملكية البائع لهم ، لايدل بذاته على أنهم كانوا سيئ النية وقت إقامة المنشآت ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور وفساد فى الاستدلال " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/١٧)

٣- " من المقرر أن للمشترى بعقد ابتدائى ثمار العقار وريعه من وقت تمام العقد سجل أو لم يسجل إلا أن حق المشترى فى ذلك يقتصر على علاقته بالبائع ولايجوز أن يتمسك به إزاء الغير كمغتصب المبيع ما لم يكن قد تسلمه بالفعل ووضع يده عليه ".

(طعن رقم ٨٣١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٩)

٤- لئن كان مؤدى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ إبرام العقد فيتملك إلا

أن حــق المشترى فى ذلك يقتصر على علاقته بالبائع ولايجوز أن يتمســك به إزاء الغير كمغتصب المبيع ما لم يكن قد تسلمه بالفعل ووضــع يــده عليه المشترى الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف. يستوى فى بيع العقار أن يكون العقد مسجلا أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ، ولــو لــم يسجل عقده ، إلا أن حق المشترى بعقد غير مسجل فى اقتضاء ثمار العقار لا يكون إلا قبل البائع ولايجوز له أن يتمسك به قبل المستأجر من هذا الأخير ذلك أن مفاد ما تقضى به المواد ١٤٦، ٦٠٤ ، ٦٠٥، ٦٠٦ مــن القــانون المدنى – وعلى ما استقر عليه قضــاء هــذه المحكمــة – أن أثر الإيجار لاينصرف لغير الخلف الخاص ولايعد المشترى خلفا خاصا لبائع العقار إلا بانتقال الملكية إلــيه بالتســجيل ، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائنا عاديا للبائع ولاتــربطه علاقة مباشرة بمستأجر العقار من البائع ، فلا يستطيع مطالبته بالإيجار – بالطريق المباشر إلا إذا أحال البائع إليه حقه فى الأجرة وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها " .

(طعن رقم ٢٣٥٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٥)

٥– " وحيــث إن هذا النعى سديد ، ذلك أنه وإن كان للمشترى طــبقا لــنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى ثمار

المبـــيع ونماؤه من وقت تمام البيع – سجل العقد أو لم يسجل- إلا أن بـــيع العقار لاينقل الملكية إلى المشترى قبل تسجيله ، ولاينشئ ســوى الــتزامات شخصية بين طرفيه فيكون المشترى مجرد دائن شخصـــى للبائع بحقوقه الناشئة عن العقد ومن ثم لايجوز له مطالبة غــير الــبائع بالتعويض عن فقد الملكية ، لأنها لم تنتقل إليه بعد ، سواء بتسجيل عقده ، أو بتسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه .

لمـــا كـــان ذلك وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك فى مذكـــرة دفاعه المقدمة فى ١٩٩١/٤/٢١ بأن المطعون ضدهما لم يسجلا الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقدهما ، ومن ثم لم تنتقل إليهما ملكـــية المبيع ، وأن الحكم لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى إيرادا ولا ردا ، فإنـــه يكـــون مشـــوبا بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٥٤٧٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣- لم ينشر بعد)

(د) ينشـــئ البيع غير المسجل التزاما فى ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى . ولما كان هذا الالتزام لايمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لابد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وأن يكـــون توقيعه مصدقا عليه ، من أجل ذلك كان للمشترى أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد .

ولايكتفى المشترى بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه . بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد (١).

(هـ)-أن تبعة هلاك الشئ إذا ما هلك بقوة قاهرة فى يد المشترى حتى قبل التسجيل ، تقع على المشترى مادام أنه قد تسلمه ووقع الهلاك وهو فى يده . وهذا الحكم هو نتيجة طبيعية للمبدأ الذى قرره المشرع المصرى والذى يقضى بأن تبعة الهلاك فى البيع لاترتبط بانتقال الملكية وإنما ترتبط بالتسليم (م٤٣٧) .

٢٣٩- إيجاب التسجيل فى التصرف لنقل الملكية لايجعل منه ركنا فى التصرف :

رغم أن التصرف ليس من شأنه أن ينقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، إلا بالتسجيل . فليس معنى ذلك أن التصرف أصبح بعد قانونى التسجيل والشهر العقارى عقدا شكليا، لايتم إلا بالتسجيل ، بحيث يقال إن التسجيل ركن فى التصرف . فيكون عقد البيع مثلا عقدا شكليا . إنما مازال التصرف (عقد البيع مثلا) من عقود التراضى وينتج كافة آثاره عدا نقل الملكية بالفعل.

---

(١) السنهورى الجزء التاسع- المجلد الأول الطبعة الثانية ص٤٧٥ ومابعدها- الدكتور عبد المنعم البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٣٤٩ ومابعدها .

إذ يجب عدم الخلط بين أمرين : رضائية العقد أى كفاية التراضى لانعقاده . وبين قاعدة انتقال الملكية بالعقد وهى التى تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد دون حاجة إلى إجراء مستقل . فقانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى لم يمسا القاعدة الأولى من أية ناحية من نواحيها ، إذ مازال البيع يتم بالتراضى ، ولكنه قضى على القاعدة الثانية فى البيع العقارى .

فالتسجيل إذن هو إجراء قصد به أن يترتب على البيع أحد آثاره وهو انتقال الملكية . وفيما عدا هذا الأثر يظل البيع غير المسجل عقدا صحيحا ومنتجا لسائر آثاره (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "عقد البيع هو من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وكل ما استحدثه قانون التسجيل من أثر فى أحكام البيع هو أن نقل الملكية بعد أن كان ، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من القانون المدنى ، نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراخيا إلى ما بعد حصول التسجيل. أما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها ذلك القانون .

---

(١) السنهورى ص ٤٨٥ ومابعدها- عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٥ ومابعدها.

فالـــبائع يـــبقى ملـــزما بموجب العقد بتسليم البيع وبنقل الملكية للمشـــترى ، كما يبقى المشترى ملزما بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التى تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع".

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١١/١٧)

٢- " إنـــه لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشترى على حصول التسجيل، لم يغير شيئا من طبيعة العقد من حيث إنه من عقود التراضى التى تـــتم وتنتج أثارها القانونية بين المتعاقدين بمجرد الإيجاب والقبول، فإنـــه متى انعقد البيع صحيحا ترتب عليه التزام كل من المتعاقدين بالوفـــاء بـــتعهداته الـــتى يوجبها عليه القانون وشروط العقد وفى مقدمـــتها التزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشترى .

ولماكان الدائن العادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه، وكان الخلف العام يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته- لما كان ذلك كذلـــك فإنـــه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية لايكون لدائـــنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبـــيع يتـــنافى مع تعهد البائع . ولايجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته. وخصوصا

إذا كان المشترى قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٢)

هل للتسجيل أثر رجعي :

٢٤٠- (أ) رأى الفقه :

ذهب رأى فى الفقه إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا ، إذ التسجيل -عند هذا الرأى- شرط واقف يعلق عليه انتقال الملكية بالعقد، فالعقد ينقل الملكية معلقة على شرط واقف هو إجراء التسجيل ، فمتى تم التسجيل استند أثره وهو نقل الملكية إلى تاريخ العقد .

غير أن هذا الأثر الرجعى قاصر على المتعاقدين ، أما بالنسبة للغير فليس له هذا الأثر الرجعى ولاتنتقل الملكية بالنسبة للغير إلا من وقت التسجيل ، حتى لايكون ثمة مساس بالحقوق التى يكون الغير قد اكتسبها قبل تسجيل عقد المتصرف إليه .

فهذا الرأى يجعل لانتقال الملكية تاريخين، واحد فى حق المتعاقدين وآخر فى حق الغير [١].

---

(١) الدكتور عبد السلام ذهنى الأموال جـ٢ ص ٩١٧ – السنهورى ص ٤٨٩ ومابعدها .

ويستند أصحاب هذا الرأى إلى حجج نظرية وأخرى ذات طابع عملى ، ونوجز هذه الحجج فيما يلى :

أولاً : الحجج النظرية :

١- أن القــانون حيــن اشــترط التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقديــن لم يتعرض لبيان وقت انتقال الملكية ، فهو استلزم التسجيل ولكــنه لــم يقرر حصول انتقال الملكية من وقت التسجيل فلا يمكن إذن الاستناد إلى نصوص القانون لنفى هذا الأثر الرجعى ،

٢- أنــه لاتعارض بين اشتراط التسجيل لانتقال الملكية وبين أن يكون لهــذا الانتقال أثر رجعى ، إذ أن انتقال الملكية يتم كأثر للعقد ولكنه أثر موقوف على شرط هذا التسجيل، فالتسجيل شرط واقف لانتقال الملكية.

٣- التســجيل إجراء شرع لصالح المشترى فلا يجوز أن يضاربه مادام أن الغير لم يكتسب حقا على المبيع .

ثانيا : الحجج العملية :

١- أثار أنصار هذا الرأى لتبرير نظريتهم الصورة الفرضية الآتية : " بــاع زيد لبكر فى أول يناير بعقد عرفى غير مسجل . فى هذه الحالة لاتنــتقل الملكية إلى بكر ، إنما مع عدم انتقالها فإن له حق مطالبة البائع بالتســليم وحق الضمان وغير ذلك . فإذا باع بكر لخالد نفس العقار فى ١٥ يــناير وتســجل هذا العقد الأخير فى نفس التاريخ (أو رهن وقيد الرهــن) ، فلا تنتقل الملكية أيضا لخالد لأنها لم تنتقل بعد إلى البائع له وهو بكر . وإذ جاء بكر بعد ذلك كله وسجل عقده فى يناير فإن الملكية تنــتقل إلــيه لا من آخر يناير بل من أول يناير . ويترتب على ذلك أن الملكية تنتقل أيضا إلى خالد فى ١٥ يناير ، أى أن للتسجيل أثرا رجعيا. كــل ذلك على شرط ألا يتعدى هذا الأثر الرجعى إلى الإضرار بحقوق الغير الذى سجل عقده بحسن نية قبل تسجيل بكر . وعلى ذلك إذا فرض وبــاع زيد بعد أن باع لبكر نفس العقار إلى عمر فى ١٠ يناير وسجل عمر عقده فى ١٠ يناير دون أن يعلم بسبق تصرف البائع له فى العقار إلــى بكر ، نفذ عقده أى عقد عمر ولا يعبأ حينئذ بتسجيل بكر فى آخر يــناير ولابتسجيل خالد فى ١٥ يناير ، لأن الأثر الرجعى للتسجيل إنما

يقف عند حد وجود حق مكتسب للغير ، وإذا لم يوجد حق مكتسب للغير سار الأثر الرجعى فى طريقه حتى تاريخ العقد ، أى حتى يوم أو يناير .

٢- أن الأثـر الرجعى للتسجيل هو الذى يبرر حق المشترى فى الثمار مـنذ انعقاد العقد ، إذ أن الملكية تعتبر قد انتقلت إلى المشترى من يوم التعاقد وفقا للأثر الرجعى ، وعلى ذلك يكون للمشترى الحق فى الثمار من هذا اليوم استنادا إلى حقه فى الملكية . أما لو استبعدنا الأثر الرجعى وقلـنا بتراخى انتقال الملكية إلى حين التسجيل فلن يمكن القول بإمكان إعطاء المشترى الحق فى الثمار منذ انعقاد العقد .

٣- إذا قضـينا بأن الملكية تكون على ذمة البائع حتى يتم التسجيل فما حكـم البـناء الـذى يقـيمه البائع فى العقار المبيع فى الفترة بين البيع والتسـجيل ؟ قد تقضى الضرورة فى هذه الحالة بتمليك البناء للمشترى، وقـد تـنجح نظرية الأثر الرجعى للتسجيل فى تحقيق هذه النتيجة ، إذ مفهوم هذه النظرية أن العقار يعتبر فيما بين الطرفين ، مملوكا للمشترى مـن يـوم التعاقد ، فكل إضافة لهذا العقار تصبح إذن مملوكة له على أساس الالتصاق، ويطبق حكم القانون فيما يتعلق بالبناء فى أرض الغير، فيعتبر البائع بانيا فى ملك غيره بسوء نية ، ويخير المالك وهو المشترى بين طلب إزالة البناء على نفقة من أقامه مع التعويض إن كان له وجه، أو أن يطلب استيفاء البناء مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يسـاوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت ، وذلك وفقا لحكم المادة ٩٢٤ مدنى .

٤- وأخـيرا قـد تظهر فائدة نظرية الأثر الرجعى للتسجيل فى المثال الآتى:

بـاع شخص عقارا وقبل أن يسجل المشترى عقده وقع أحد دائنى البائع العاديـين حجـزا علـى هذا العقار على اعتبار أنه لم يخرج من ملكية المديـن بعد، فهو إذن لايزال فى الضمان العام للدائنين ، ثم سجل تنبيه

بيـنما يذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أنه ليس للتسجيل أثر رجعـى، لأن الملكـية لاتنتقل إلا بتوفر شروطها ، ومن بين هذه الشروط التسجيل . فإذا تم التسجيل انتقلت الملكية وقت التسجيل لا قبل ذلك ، لأن التسجيل وإن لم يكن ركنا من أركان البيع فهو ركن من أركان انتقال الملكية .

وقـد صرحت المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى بأنه ليس للتسجيل أثر رجعى . فقد جاء بها :

أن" الفقرتين الثانية والثالثة من المادة التاسعة مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من قانون التسجيل ، ولم ير إجراء أى تعديـل فـى نصوصها اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة الـنقض والإبرام تفسيرا لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لاتنشأ ولا تنتقل ولاتتغير ولاتـزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل دون أن يكون لهذا التسجيل **أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه** " .

نـزع الملكية ، وبعد ذلك سجل المشترى عقده . إذا قلنا الأثر الرجعى للتسـجيل لترتب على ذلك أن الملكية تعتبر قد انتقلت للمشترى من يوم البيع ، أى قبل الحجز ، فلا يستطيع الدائن أن يستمر فى الإجراءات .

أمـا إذا لم يكن للتسجيل أثر رجعى فيترتب على ذلك أن الملكية لايمكن أن تنتقل للمشترى بتسجيل عقده مادام تسجيل نزع الملكية قد سجل قبل تسجيل عقد المشترى .

ولـــو أن المشـــرع أراد أن يترتب على تسجيل التصرفات أثر رجعـــى لنص على ذلك ، كما نص فى المادة ١٧ من قانون تنظيم الشـــهر العقـــارى الـــتى تجـــرى على أن : " يترتب على تسجيل الدعـــاوى المذكـــورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبـــت لهـــم حقـــــوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما " [1].

٢٤١ـ (ب) قضاء محكمة النقض :

أخذت محكمة النقض بالرأى الغالب فى الفقه ، وذهبت إلى أنه لـــيس للتســـجيل أثـــر رجعى ، ذلك أن المشرع قصد من التسجيل تأخـــير نقـــل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد، فليس التسجيل بمثابة شـــرط توقـــيفى ينسحب بتحققه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لايعتبر المشترى مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه .

---

(١) محمد عرفه ص ٣٧٤ ومابعدها–عبد المنعم البدراوى ص ٣١٩ ومابعدها– أنور سلطان ص ٢٣٢– سليمان مرقس فى عقد البيع ص ٢٩٢– محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات العقارية ص ٣٢٣ ومابعدها .
(وراجـــع فـــى الـــرد علـــى حجج أصحاب الرأى المخالف عبد المنعم البدراوى ص ٣٢١ ومابعدها – أنور سلطان ص ٢٢٦ ومابعدها) .

إذ جرى قضاءها على أن :

١- " إن قـــانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ لم يغير طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضى التى تتم وتنـــتج آثارها بمجرد توافق الطرفين، وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنســبة للعاقديـــن وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجــرد العقد ، بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره " .

(طعنان رقما ٤٨ ، ٥٣ لسنة٢ ق جلسة٥ يناير سنة ١٩٣٣)

٢- " إن الشــارع إنمـــا قصـــد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحققه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لايعتبر المشترى مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه .

فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشـــترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده إذ أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٢/٩)

٣- " التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ولايرتد إلى تـــاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل

يعتــبر معلقا على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا مــا تحقــق هــذا الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل – ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلي الماضى إنما يصح حيث يكون التعلــيق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين ، أما حيث يكون القــانون قد أوجب إجراء معينا ورتب عليه أثرا قانونيا فهذا الأثر لايــتحقق إلا بــتمام الإجراء ولاينسحب إلى الماضى . فإذا قضى الحكــم بالشــفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فــيها من حدين (القبلى والشرقى مثلا) بمقولة إن تسجيل الشفيع عقــد شرائه الأرض الواقعة فى الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد فإنه يكون قد أخطأ " .

(طعن رقم ٤١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٢)

٤- " الأصل أن أثر التسجيل فى نقل الملكية لا يترتب إلا على تســجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله أو الذى من شأنه تقرير هذه الحقــوق وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى ولايحتج على ذلك بــالمواد ٧، ١٠، ١٢ من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ لأن المــواد المذكورة إذ أجازت تسجيل صحائف دعاوى بطلان العقود واجــبة التســجيل أو فسـخها أو إلغاءها أو الرجوع فيها ودعاوى اســتحقاق الحقــوق العينية العقارية ورتبت على التأشير بمنطوق

الحكـم الذى يصدر فى هذه الدعاوى على هامش تسجيل صحائفها انسـحاب أثـر التأشير بالحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة ، فإنما أجازتـه على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار أو ديون عقارية عليه منذ تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، وهو استثناء لايصح التوسع فيه أو القياس عليه . وإذن فإذا كان الحكم وهو فى صدد المفاضلة بين أى الملكيـن أرض الشـفيع أو أرض المشترى تعود عليه منفعة أكثر أسـقط اعتـبار الشفيع مالكا لجزء من الأطيان التى يشفع بها على أسـاس أن تسـجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد عنها لاحق لعقد المشـترى الـذى تولـد عنه حق الشفعة، فإنه لم يخطئ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ١٦٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٥- "لايترتـب على التسجيل أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله . وأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى إذا أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ تسجيل دعاوى صـحة الـتعاقد علـى حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون ، انسحاب أثر الحكم إلى تـاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (م١٧) إنما قصد حماية أصحاب

هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها ".

(طعن رقم ٥٢٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٩)

٦- " الأصل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن التسجيل لايترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد ، أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله ، وأن هذا الأثر لاينسحب إلى الماضى ، ولايحتج على ذلك بأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وهو استثناء لايصح التوسع فيه أو القياس عليه " .

(طعن رقم ١٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤)

٧- " يدل نص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى- على ما صرحت به مذكرته الإيضاحية وجرى عليه قضاء هذه المحكمة-

على أنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها ما عدا انتقال الحق العينى فيتراخى هذا الحق حتى حصول التسجيل " .

(طعن رقم ٣٠٣٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/١٢/١٧)

٢٤٢- التسجيل وسوء النية :

يثور البحث فيما إذا كان المتصرف إليه الثانى يستطيع الاحتجاج بتسجيله على من سبق أن تم التصرف إليه فى ذات العقار ولكنه لم يسجل عقده أو لم يسجله إلا متأخرا ، حتى لو كان المتصرف إليه المسجل سئ النية عالما بالتصرف السابق ، أم أن حسن النية شرط للاحتجاج بسبق التسجيل .

ثار خلاف بشأن هذه المسألة ، سواء فى ظل التقنين المدنى أو بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون تنظيم الشهر العقارى. وهو ما نعرض له تباعا فيما يلى .

٢٤٣- (أ) التسجيل وسوء النية فى ظل التقنين المدنى القديم :

كانت المادة ٢٧٠ من المجموعة المدنية القديمة (قبل صدور قانون التسجيل) تنص على أنه : "لاتنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا ، وكانوا لايعلمون مايضر بها " . ويقابل هذه العبارة الأخيرة فى النص

الفرنســـى " de bonne foi " أى حســـنى النـــية ومعـــنى هذا أن المشترى الثانى إذا سارع إلى التسجيل قبل المشترى الأول الذى لم يسجل أو لم يسجل إلا متأخرا ، لا يفضل إلا إذا كان حسن النية.

وقـــد انقســـم الفقه والقضاء فى بيان المقصود بحسن النية إلى رأين :

الـــرأى الأول : أن المشـــترى يعتـــبر ســـئ النية لمجرد علمه بالتصرف السابق .

ويستند هذا الرأى إلى الحجج الآتية :

١- أن هذا المعنى هو المستفاد من عبارة " لايعلمون ما يضر بهـــا " " de bonne foi " الواردة فى المادة ٢٧٠ ، فهى تعرف حســـن النـــية بعدم العلم بما يضر بسندهم أى بصدوره من شخص سبق أن تصرف فى العقار .

٢- أن مـــن يتعامل مع البائع الذى سبق أن تصرف فى العقار مع علمه بذلك يعتبر مخطئا خطأ يستوجب المسئولية ، وخير جزاء لذلك هو عدم الاعتداد بتسجيل عقده فى مواجهة المتصرف إليه الأول .

٣- أن المـــادة ٢٧٠ تشترط للاحتجاج بالتسجيل أن يستند إلى ســـبب صحيح ، ومن يتعاقد مع شخص يعلم أنه لم يعد مالكا نتيجة التصرف السابق لايمكن اعتباره مستندا إلى سبب صحيح .

٤- واســـتند هـــذا الرأى كذلك إلى حجج من القانون المقارن . فقـــال إن الـــرأى المذكور هو المسلم به فى بلجيكا مع أن القانون

البلجيكى اقتصر على اشتراط عدم الغش ، ولم يذهب إلى حد اشتراط حسن النية .

أما القضاء الفرنسى فهو يشترط لثبوت سوء النية أن يثبت التواطؤ بين البائع والمشترى الثانى ، لأن القانون الفرنسى لم يشترط حسن النية للاحتجاج بالتسجيل ، بخلاف القانون المصرى فإنه لم يكتف بالتسجيل بل اشترط فوق ذلك حسن النية(١) .

الرأى الثانى :

ذهب هذا الرأى إلى أنه لاعتبار المشترى الثانى سئ النية لايكفى علمه بالتصرف الأول ، بل لابد من ثبوت تواطؤه مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول وتفويت الصفقة عليه . فمتى ثبت هذا لايعتد بسبق تسجيله ولو كان عقده حقيقيا غير صورى .

وهذا الرأى يأخذ بالرأى الذى استقر عليه القضاء الفرنسى، ولذلك فهو يستند أول ما يستند إلى قوة هذا القضاء . ويستند فضلا عن هذا إلى الحجج الآتية :

١- أن المشرع جعل التسجيل أساس للعلانية والشهر ، فإذا سجل العقد افترض علم الكافة به . أما إذا لم يسجل افترض أنه غير معلوم لأحد. فمدار العلانية فى ظل نظام التسجيل ليس هو علم

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى شرح القانون المدنى الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٩ هـ ص ٢٥١ ومابعدها .

الغـير أو عـدم علمـه، وإنما مدارها هو التسجيل. ولذلك فإن غير المتعاقدين لا يفرض أنهم عالمون بالتصرف السابق إلا إذا كان هذا التصرف مسجلا بالفعل .

٢- أن الأخذ بغير هذا الرأى يفتح المجال للمنازعات والخصومات ويـرهق القضـاء . لأن مسـألة العلم وعدمه مسألة ذهنية باطنة يصـعب التحقق منها . فالتعويل على علم المشترى الثانى أو عدم علمه بسبق التصرف من شأنه زعزعة الثقة العقارية[١] .

الرأى الثالث :

أن المشـترى الثانى لايكون حسن النية إلا إذا كان عقده جديا ، ولايهـم إذا كان يعلم بالبيع الأول أو لايعلم . فإذا كان عقده صوريا كان سئ النية . ولايمكنه الاحتجاج بعقد شرائه ولو كان مسجلا[٢].

والرأى الأول هو الراجح [٣].

---

(١) محمـد حلمـى عيسى باشا شرح البيع فى القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية ١٩١٦ نبذة ١١٧٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ أبريل ١٨٩٠، ١٩ فبراير ١٨٩٦، ١٢ يناير ١٨٩٨- وقد عدلت المحاكم المختلطة عن الأخذ بهذا الرأى (أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٤٩ هامش (١)) .

(٣) السنهورى ص ٤٩٦ وما بعدها – أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٥٠ ومابعدها .

٢٤٤ـ (ب) التسجيل وسوء النية فى ظل قانون التسجيل رقم ١٩/١٨ لسنة ١٩٢٣ :

لم يرد فى نص المادة الأولى من قانون التسجيل رقم ١٩/١٨ لسنة ١٩٢٣ التى استلزمت شهر التصرفات الناقلة للملكية والمنشئة للحقوق العينية الأصلية أية إشارة إلى وجوب أن يكون المتمسك بالتسجيل حسن النية ، وذلك على خلاف ما كانت تقضى المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى القديم . وإنما اكتفى المشرع بأن قرر بأنه: " يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم " .

وظاهر من عدم التفرقة فى انتقال الملكية بين المتعاقدين وانتقالها فى مواجهة الغير أن قانون التسجيل استلزم التسجيل لانتقالها إطلاقا ، وبدون التسجيل لا تنتقل الملكية . وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المذكور تعليقا على المبدأ الجديد أن : "لهذا المبدأ من الوجهة العملية مزية كبرى تنحصر فى حسم المنازعات العديدة التى تنشأ عن المعنى القانونى فى هذا الموضوع لغير المتعاقدين والقيد الوارد بعدها فى المادتين ٧٣٧، ٧٤٢ من القانون المدنى المختلط القائل : من يدعى حقا عينيا أوله حقوق على العقار حفظها بموافقة القانون ، وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية ، وعبثا يحاول الإنسان أن يستند على قواعد

العدالــة أو حسن نية المتعاقدين لإثبات عكس ذلك ، إذ يتحتم على مــن آل إليه الحق أن يقوم بالتسجيل حتى يكون الجمهور على علم من أيلولة هذا الحق إليه ".

ومــن هــذا يتضح أن العبرة بالتسجيل ولو كان من سجل عقده ســئ النية . فالبائع الذى يتصرف فى العقار مرة ثانية قبل تسجيل البــيع الأول يعتــبر أنه يتصرف فيما يملك ، ويترتب على تسجيل البــيع الــثانى انتقال الملكية إلى المشترى الثانى الذى سجل عقده، ولايؤثر فى ذلك كون هذا الأخير سئ النية عالما بالبيع الأول .

وعلى هذا انعقد اجماع الفقهاء وقضاء المحاكم (١).

غير أن الفقه والقضاء قد انقسم فى حالة التواطؤ أو التدليس بيــن المتصــرف والمتصــرف إليه الثانى الذى سجل عقده على الإضرار بالمشترى الأول .

فذهب رأى إلى أن هذا التواطؤ أو التدليس لايحول دون تمسك المتصرف إليه الثانى بسبق تسجيله (٢).

---

(١) أحمــد نجيــب الهلالى وحامد زكى ص ٢٧١ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ٢٤٦ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٣١ ومابعدها- محمد على عرفه ص ٣٥٤ .

(٢) ولقد استند هذا الرأى إلى الحجج الآتية :

١- بمقارنــة المادتيــن الأولى والثانية من قانون التسجيل يتبين أن هذا القــانون قسم العقود والأحكام قسمين أساسيين . ففى المادة الأولى نص

علـــى العقـــود والأحكـــام المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغـــيرة أو المزيلة، وأعطاها حكما خاصا، وهو عدم انتقال الملكية بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، ولم يجعل حسن النية شرطا للتمسك بالتسجيل . وفى المادة الثانية نص على العقود والأحكام المقررة للحقوق. وذكر أنها لاتكون حجة على الغير إلا بتسجيلها ، كما أنها لاتكون حجة على الغير ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس . ويظهر من ذلك أن قانون التسجيل تعمد إغفال نظرية سوء النية فيما يتعلق بالعقود والأحكام المنشئة للحقوق العينية ، كما أنه أبقى هذه النظرية بالنسبة إلى العقود والأحكام المقررة للحقوق ، ولكنه خصصها بحالة التدليس فقط .

٢- أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صريحة فى تأييد هذا الرأى، فقد جاءت فيها الفقرة الآتية : "عبثا يحاول الانسان أن يستند على قواعد العدالـــة وحسن نية المتعاقدين لإثبات عكس ذلك ، إذ يتحتم على من آل إلـــيه الحق أن يقوم بالتسجيل، حتى يكون الجمهور على علم من أيلولة هـــذا الحـــق إلـــيه " . كما ورد فيها " أن لهذا المبدأ (أى مبدأ عدم نقل الملكـــية بيـــن العاقديـــن إلا بالتسجيل) من الوجهة العملية مزية كبرى تنحصر فى حسم المنازعات العديدة ، وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النـــية وســـوء النية " . ويؤخذ مما تقدم أن الشارع المصرى فى سبيل اســـتقرار المعـــاملات العقارية على أساس ثابت ، وتمهيدا لإدخال نظام التســـجيلات التى لها قوة الإثبات ، قد انتقل خطوة جريئة ، وجعل أمر انتقال الملكية بين العاقدين مرتبطا بالتسجيل وحده كما قضى نهائيا على نظـــرية علم المشترى الثانى بالبيع الأول أو سوء نيته ، ولم يستثن من ذلـــك إلا حالة واحدة ، وهى حالة العقود والأحكام المقررة للحقوق ، فلم يشـــترط تسجيلها لتكون حجة على العاقدين ، لأنه لايمكن تجريدها من

قيمـــتها الجوهرية ، وهى الإقرار بحق سابق الوجود ، وأوجب تسجيلها لتكون حجة على الغير بشرط عدم التدليس كما تقدم .

٣- لا محـــل للاعتراض المبنى على عدم معقولية أن الشارع المصرى يـــأخذ بـــنظرية الـــتواطؤ أو التدليس لمناسبة العقود المقررة ، ثم يأخذ بخلافهـــا فى العقود المنشئة ، مع أن سوء النية واحد فى الحالتين، وذلك لأن المذكـــرة الايضـــاحية نفسها تفسر ذلك ، إذ ورد فيها ما يأتى "هذا الاخـــتلاف فى النوع (أى بين الحالتين) الذى ينجم عنه الاختلاف فى الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والأحكام يبرر وضـــع مادتين مختلفتين " ، كما ذكرت أن البحث فى مسائل سوء النية فـــى حالـــة العقود المنشئة أصبح عبثا ، أى غير منتج ، وذلك لأنه مع افتراض علم المشترى الثانى المسجل بوجود بيع أول غير مسجل ، ومع افـــتراض ســـوء نيته ، فإن كل ذلك مقرون بعلمه بأن البيع الأول غير مســـجل ، وأنـــه لاينقل الملكية ، وأن البائع لايزال مالكا رغم هذا البيع الأول، وأن القـــانون يبـــيح له الإقدام على الشراء فى هذه الحالة، وذلك بخـــلاف ما كان عليه الحال قبل العمل بقانون التسجيل ، فإن المشترى الثانى فى الواقع لم يكن يتلقى الملك عن مالك حقيقى ، لأنه سبق أن باع وخرجت الملكية عنه بالعقد الأول غير المسجل ، فاشترط القانون لحماية هـــذا المشترى الثانى أن يكون حسن النية ، وهذا شرط واجب فى هذه الحالة كما هو ظاهر .

٤- أن النظرية العكسية تتعارض تعارضا ظاهرا مع قاعدة " عدم انتقال الملكـــية بيـــن العاقديـــن إلا بالتســـجيل" لأنه لو أعطيت المحكمة- فى المفاضـــلة بين عقدين أحدهما مسجل والآخر غير مسجل- سلطة تقدير

بيـــنما ذهـــب رأى ثان إلى أن التدليس أو التواطؤ يحول دون تمسك المتصرف إليه الثانى بتسجيل تصرفه [١].

الظروف التى أحاطت بعقد المشترى المسجل، والقول بعدم انتقال الملكية إليه لسوء النية أو ما إليها ، فإن معنى ذلك – بطريقة عكسية – أن العقد غير المسجل قد نقل الملكية . ومعنى ذلك أيضا أن تعطى المحكمة سلطة تقريـــر قـــاعدة " عـــدم انتقال الملكية إلا بالتسجيل " ، أو عدم تقريرها بحسب ظروف الحال – وهكذا تكون القاعدة قاعدة نسبية محضة ، وهو أمر ترفضه البداهة .

٥- لا محـــل للتمسك بنص المادة ٣٤١/٢٧٠ من القانون المدنى ، لأن حكم المادة قد ألغى بعد العمل بقانون التسجيل ، الذى نص فى المادة ١٦ منه على إلغاء كل نص يخالفه (محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات العقارية ص ٢٤٩ ومابعدها والأحكام التى أشار إليها فى الهامش) .

(١) وقد استند هذا الرأى إلى الحجج الآتية :

١- أن قانون التسجيل جعل من التدليس والتواطؤ مانعا يحول دون نفاذ العقـــود المقـــررة ، فـــلا يعقل أن يكون هذا التدليس حلالا بالنسبة للعقود المنشئة فالتدليس غير مشروع فى جميع الأحوال .

٢- أن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم يقصد به سوى حســـم النزاع فى حسن النية وسوء النية ، فلا يجوز أن يؤثر مجرد العلم البسيط فى التسجيل والاحتجاج به . ولكنها لم تقرر أن التواطؤ على الإضرار بالمشترى الأول لايحول دون نفاذ العقد المسجل، بل علـــى العكـــس فإن القانون قرر فى المادة الثانية (الخاصة بالعقود المقررة) أن التواطؤ يحول دون نفاذ العقود المسجلة .

وقـد أخـذت محكمة النقض بالرأى الأول فقضت بأن الملكية تنتقل بالتسجيل ولا يحول دون ذلك أن يكون المتصرف إليه الثانى الذى سجل عقده متواطئا كل التواطؤ مع المتصرف على الإضرار بالمتصرف إليه الأول وتفويت الصفقة عليه .

إذ قضت بأن :

١- (أ) " إن المـادة الأولـى من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تقضى بأن جميع العقود التى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حـق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله يجب تسجيلها، وأن عـدم تسجيلها يترتب عليه ألا تنشأ هذه الحقوق ولاتنتقل ولا تتغـير ولاتـزول ، لا بين المتعاقدين أنفسهم ولا بالنسبة لغيرهم ، وأنـه لايكـون للعقـود غـير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ، وأن هذه الأحكام تعتبر مقيدة للنصوص الخاصـة بانـتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى بمجرد الإيجاب

٣- أن المبادئ العامة تقضى بأن الغش يفسد كل شئ ، وقانون التسجيل لايمكن أن يكون قد نسخ هذا المبدأ العام .

٤- إن القـانون المصـرى رغم اشتراطه التسجيل لانتقال الملكية حتى فـيما بين المتعاقدين لم يذهب إلى حد الأخذ بنظام التسجيل العينى الذى يجعل للقيد فى السجل قرينة مطلقة على ثبوت الحق . والرأى المخالف لايمكن أن ينسجم إلا مع نظام السجلات العينية .

(عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٤ وما بعدها – استئناف مصر فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢)

والقــبول بين المتعاقدين . فما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى علــى ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ولا يكــون للمتصرف إليه فى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها . وفى تلــك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكــه ملكــا تاما، فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تســجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلــك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كــان المتصــرف والمتصرف إليه الثانى سيئ النية متواطئين كل الــتواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا يقــبل مــن أى إنسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا الملك فعلا إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعيا أن له حقا عينــيا على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لايقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله ، لابسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ .

(ب)- " لايجوز التحدى بعبارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عــدم العلــم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدنى ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول .

وهـــذا المـــبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائيا ، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون علـــى إلغـــاء كل نص يخالفه ، وإذن فتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقيا " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/١٢/١٢)

٢- "إن الشـــارع فـــى القـــانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ قد رفع تســـجيل العقد الناقل للملكية فوق مستوى الدور الذى كان يؤديه من قـــبل، فجعل له من الأثر ما لم يكن له فى ظل القانون المدنى ، إذ اعتبره هو ذاته الناقل للملكية- لايمنع من ذلك سوء نية المتصرف أو تواطـــؤه مـــع المتصـــرف إليه إضراراً بصاحب عقد آخر ناقل للملـــيكة أو مقـــرر لها . ولقد أشار فى المذكرة الإيضاحية إلى أنه يـــريد أن لايجعل من سوء نية المتصرف إليه أو تواطئه سبباً يفسد علـــيه تسجيله تاسيساً على حسن النية الواجب توافره فى المعاقدات أو على مقتضيات العدالة ، اكتفاء بحق المتضرر فى الرجوع على مـــن أضر به بالتعويض عن الضرر الذى لحقه . ومن جهة أخرى يســـتفاد مـــن المادة الثانية من ذلك القانون أن الشارع وإن كان قد اســـتبقى للعقود المقررة أثرها السابق فى تقرير الملكية ، فيما بين المتعاقديـــن وبالنســـبة إلى الغير بالتسجيل ، فإنه أبقى تسجيلها أقل خطـــراً من تسجيل العقود الناقلة، إذ اشترط لكى ينتج التسجيل أثره أن لا يكون العقد المقرر قد لابسه التدليس .

ومــن مقتضى هذه التفرقة إلى أرادها القانون بين العقود الناقلة للملكــية وغــيرها مــن الحقوق العينية وبين العقود المقررة لهذه الحقــوق أنـــه فى مقام المفاضلة بين عقد ناقل وآخر مقرر يفضل العقــد الناقل بتسجيله دون اعتبار لسوء نية صاحبه أو تواطئه مع المتصرف ".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٦/٣/٧)

٣- " إن تمســك مشترى العقار بأن العقد المسجل الصادر من الــبائع لمشتر آخر قد داخله الغش والتواطؤ لايجدى. إذ العبرة فى المفاضلة بينهما بعد صدور قانون التسجيل هى بأسبقية التسجيل".

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١/٢٧)

٤- " إذا قــام الــنزاع بيــن المدعى الذى يطلب تثبيت ملكيته للأطيان محل الدعوى وبين المدعى عليه على أن البائعتين للمدعى لاتملكــان البيع إليه بعد أن تخارجتا عن استحقاقهما الذى منه القدر المبــيع بمقتضــى إقــرار ثابــت التاريخ صادر قبل العمل بقانون التســجيل ، وتمسك المدعى بأن العقد الصادر له مسجل أما الإقرار المذكور فإنه غير مسجل ، واعترض المدعى عليه بأن هذا العقد قد اقترن بالتدليس والتواطؤ وبالعلم السابق بصدور التخارج ، فقررت المحكمــة أنه مادام قد سجل عقد شرائها فإنه يصبح مالكا لها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون ، لأن قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣

الــذى أقام الحكم قضاءه عليه لصدور العقد بعد العمل به قد قضى علــى ســوء النية ونسخت أحكامه المادة ٢٧٠ من القانون المدنى القديــم. ولايقــدح فــى ذلك كون إقرار التخارج ثابت التاريخ قبل العمــل بقــانون التســجيل مادام هذا الإقرار ليس هو سند دعوى المدعــى. كذلــك لاجدوى من البحث فيما إذا كان إقرار التخارج المشار إليه شاملا جميع أطيان المقرتين أم مقصورا على بعضها إذ لايجــوز الاحــتجاج بهذا الإقرار على المشترى الذى حفظ حقوقه بالتسجيل " .

(طعن رقم ٦٦ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/٧)

٥- " مــتى كــان الحكــم قد قرر أن الطاعنين لم ينازعوا فى أســبقية تســجيل عقد المطعون عليها الأولى ، وأنه بذلك قد انتقلت إلــيها الملكية قانونا . فإنه يعيب الحكم إغفاله الرد على ما دفع به الطاعــنون من أن هذا العقد قد صدر بالتواطؤ بينها وبين المطعون عليهما الثانية والثالث، لأن هذا التواطؤ بفرض ثبوته لا يحول دون انتقال الملكية بالتسجيل ".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٢٩)

٦- مــتى كان قد ثبت للمحكمة أن البيع الصادر إلى المطعون علــيه قد صدر فى حقيقة الأمر وواقعه من المالك الحقيقى الموقع علــى العقد كضامن ، وأن صدور البيع فى الظاهر من آخرين إنما كان الباعث عليه أن تكليف الأطيان المبيعة كان لايزال وقت البيع

باسم مورثهم ، وكان قد ثبت للمحكمة كذلك أن عقد المطعون عليه قد سجل بينما أن عقد الطاعن الوارد على جزء من الأطيان المبيعة إلى المطعون عليه والصادر إلى الطاعن من نفس البائع لم يسجل، فإن الحكم إذ قضى للمطعون عليه بطلباته على أساس تفضيل عقده المسجل على عقد الطاعن غير المسجل لايكون قد أخطأ ولايضير الحكم ما استطرد إليه تزيدا بعد ذلك من أن عقد الطاعن لم ينفذ بسبب إخلاله بما التزم به فيه . ويكون غير منتج ما يعيبه الطاعن على الحكم من أنه قضى بفسخ هذا العقد دون أن تتحقق المحكمة من صدور تنبيه إليه بالوفاء بالتزاماته قبل طلب الفسخ ، وكذلك يكون من غير المنتج ما يتمسك به الطاعن من سوء نية المطعون عليه بمقولة إنه كان يعلم وقت شرائه أن البائع إليه كان قد تصرف إلى الطاعن فى كل أو بعض الأطيان المبيعة ، ذلك أنه لاعبرة فى هذا الخصوص بهذا العلم متى كان عقد المشترى الأول لم يسجل وبالتالى لم تنتقل به الملكية من البائع ".

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/٤)

٢٤٥ـ (ج) التسجيل وسوء النية فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ :

بالرجوع إلى نص المادتين التاسعة والعاشرة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . بتنظيم الشهر العقارى ، والأولى هى التى أوجبت تسجيل التصرفات المنشئة ، والثانية هى التى أوجبت تسجيل

التصــرفات المقررة ، لانجد فيهما إشارة إلى حسن نية المتصرف إليه الثانى أو سوء نيته .

وقــد جــاء فــى المذكرة الإيضاحية للقانون أنه : " فى صدد التدلــيس لــم يــر محل للنص عليه لا بالنسبة للتصرفات المقررة للحقــوق العينية ولا بالنسبة للتصرفات المنشئة لهذه الحقوق اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة فى هذا الشأن " .

ولايفهم من عبارة " اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة فى هذا الشأن" ، أن المشرع قصد بها تطبيق قاعدة " الغش مفسد للتصرفات" بــل الأولى أن تحمل هذه العبارة على أن المقصود بها هى القواعد العامــة التى استقرت فى ظل قانون التسجيل فى نطاق النظام الذى استحدثه لنقل الملكية العقارية ، ومقتضاها – كما قدمنا– أن العبرة فــى نقــل الملكية هى بالتسجيل الذى جعل منه المشرع أداة لازمة لنقل هذه الملكية [١].

ولــيس أدل علــى صــحة هــذا النظر أن المشرع عندما أراد الاعــتداد بحســن النية صرح بذلك فى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، فقرر فى فقرتها الثانية قاعدة عامة تبين مدى حجية شهر الدعــاوى على الغير الذى كسب حقه قبل شهرها ، وأن مدى هذه الحجــية هو حسن نية الغير . فإذا كسب الغير حقا مثلا من البائع

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٠ .

المدعى عليه فى دعوى صحة التعاقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى، كان لرافع هذه الدعوى أن يفسد عليه سبقه إلى تسجيل سند حقه إذا أثبت أنه كان سئ النية [١].

فلـو أن المشـرع أراد أن يجعل الغش مفسدا للتسجيل كقاعدة عامة، لما توانى عن التصريح بذلك بنص عام ، أو لصرح به على الأقـل فـى المادتيـن التاسعة والعاشرة حتى يكشف صراحة عن اتجاهـه إلـى مخالفـة القضاء المستقر وقت صدور قانون بتنظيم الشهر العقارى . أما وهو لم يفعل ذلك إلا بالنسبة إلى حالة خاصة بذاتهـا ، وهى قيام الدعوى بين البائع والمشترى غير المسجل، فلا مـناص من القول بأنه اتجه إلى عدم الاعتداد بالتواطؤ فيما عداها. وقد أخذ بهذا الرأى الغالبية العظمى من الفقهاء[٢].

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٠ .

(٢) محمـد على عرفه ص ٣٦٠ – أنور سلطان ص ٢١٩ ومابعدها – عبد المـنعم البدراوى ص ٣٣٩ – سليمان مرقس ص ٣٠٢- وعكس ذلك السنهورى ص ٤٩٩ ومابعدها – فهو يرى الوقوف عند رأى وسط ، فلا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ولكن يكون التواطؤ مبطلا له . ولأن هذا الرأى يدعم نظام التسجيل، دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر. فـلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لايتزعزع نظام التسجيل بإدخـال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره، ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ. ونورد فيما يلى ما ذهب إليه سيادته وما استند إليه فقد قرر:

" كانــت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجــه الرأيين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء فى هذه المسألة : الرأى الذى يذهب إلى أنه يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، والرأى الذى يذهــب إلــى أن التســجيل يكون صحيحا ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بــالدعوى البوليصية ودعوى الصورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخــيراً بعــد أن أخــذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضـــاء هــذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الآتية: " وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين. يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدلــيس يفســد كــل شئ. بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصــدرته محكمـــة الــنقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقــوق العينــية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بكافة إجراءات نظــام السجل العينى فيما عدا إمساك السجل، والسجل العينى لايعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل . وأضاف الفريق الثانى إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجيته ، ولا داعــى للــتردد الذى كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلــته غــير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العينى . أضــف إلــى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح فى هذا المعنى. وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلا، إلى أن انتهى الرأى إلى أن حكم محكمة الــنقض صــدر بالمعنى الوارد به نظراً للحرج الذى كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس فى المادة الثانية وعدم وجود هــذا النص فى المادة الأولى. ولذلك فلايمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع ، فيقال إن محكمة

النقض ترى في أي الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات . ولذلك رأى اللجنة أن تزيل هذا الحرج ، فلا تنص على التدليس في المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣، كما تزيل النص على التدليس فيما يلي ذلك من المواد التي تقابل المادة الثانية من القانون القديم . وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقاري غفلا من النص على التدليس في أي مادة من مواده ، أي أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض الأمر على القضاء .

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذي أخذت به محكمة النقض. فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص في أن التواطؤ لايعتد به في العقود المنشئة ، ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل في نصوصه هذه الحجة القوية ، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص في العقود المنشئة ، فيسهل استخلاص أن التدليس لايفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري النص في المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضا في المادة التاسعة في العقود المنشئة، فلم يعد من المستطاع استخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، وموكولا أمره للمبادئ العامة على النحو الذي قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما نرى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم

السكوت عن هذه المسألة، ولم يصدر كما قيل غفلا من النص على التدليس فى أية مادة من مواده . فقد نص، فى صدد تسجيل الدعاوى، فى المادة ١٧ منه على أنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما " . ولايسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول ". (مضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) . ولما كانت المادة ٥١ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لايكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فإذا سجل المشترى الثانى عقده ، ولم يجد المشترى الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشترى الثانى ، فله أن يحتج على المشترى الثانى بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشترى الثانى كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع فى نفس العقار . ويخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستنتج من الجمع بين المادتين ١٥، ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوما فى التقنين المدنى السابق ، مشترط لصحة التسجيل .

ولعـــل واضعى قانون الشهر العقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم، فهـم إنمـــا قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انتزعوا من أصــــحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لايفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحـــية النصـــوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكما خطيراً قد يكون محـــلا للنظر ، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فيبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادئ العامة بدلا من ترك الأمر للفقه والقضاء ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلا ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقه الـــرأيان اللـــذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن الـــتواطؤ يفســـد التســـجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لايفسده. بل إن الخـــلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشترط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر فى مادتيه الخامسة عشرة والسابعة عشر.

وأمام هذه الخلاف لايسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مـــع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعو قانون الشهر . ومن ثم يتعيـــن اســـتبعاد الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى الذى يذهب إلى أن التواطؤ لايفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشترطا لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده .

أما أن حسن النية لايشترط لصحة التسجيل فلأنه لايمكن أن يكون واضع قـــانون الشـــهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة . وليس من المصلحة الرجوع فى خطوة خطاها

قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بإزالته عاملا من عوامل الاضطراب والزعزعة فى الثقة العقارية. إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب فى كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى سيفاًمعلقاً يهدد سلامة التسجيل، بخلاف التواطؤ فإن أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء . فقانون الشهر العقارى، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لايصح أن يتخلف عن هذا القانون فى مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعو هذا القانون قد قصدوا ما يراد استخلاصه من هذين النصين. فمن بادر إلى تسجيل سنده ، وسبق فى ذلك رافع الدعوى فى تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يحتج بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد. أما حسن نية المشترى بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد ، فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشترى فى دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتاً فى دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشترى بسبق التصرف فى الذى اشتراه نافياً لحسن النية . فالتصرف السابق غير مسجل ولايزال البائع مالكاً لما يبيع، ومن حق المشترى أن يشترى من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته " .

(السنهورى جـ٤ طبعة ٢٠٠٤ ق ٤٧٢ ومابعدها) .

وقـد أخذت محكمة النقض فى ظل هذا القانون بالرأى الغالب فى الفقه .

إذ قضت بأن :

١- " تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦على وجوب شهر جميع التصرف المنشئة للحقوق العينـية العقاريـة الأصـلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولاتنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغـير. وإذ جاء هذا النص – أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابلة له – خلوا مما يجيز إبطال الشهر إذا شـابه تدلـيس أو تواطؤ فإن مفاد ذلك – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشترى الـذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مـع مالك حقيقى لايشوب سند ملكية عيب يبطله . ولايغير من ذلك أن يكـون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلـبه لجهة الشهر إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولايغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تـم التسـجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر

العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ مـــن قانون الشهر العقارى ذلك أن ما انتظمه هذا النص لايعدو أن يكـــون تبـــيانا للقواعـــد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجـــب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشـــروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد وإذ لم يرتـــب المشـــرع بطلان الشهر الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكـــون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هـــذه المخالفة كانت نتيجة غش أن تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهـــه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٥)

٢- " نصت المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ علـــى وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقـــوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هـــذه الحقـــوق ولاتنتقل ولاتزول ولاتتغير لا بين ذوى الشأن ولا بالنســـبة للغير، مما مفاده أن الملكية لاتنتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتســـجيل ، فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه وتصرف البائع إلـــى شخص آخر سجل عقده خلصت له الملكية بمجرد التسجيل .

وإذ جـــاء نص المادة التاسعة المشار إليه أسوة بنص المادة الأولى مـــن قـــانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ المقابل له ، خلوا مما يجـــيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن الملكية - وعلى مـــا جـــرى به قضاء هذه المحكمة - تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشـــترى الذى بادر بالتسجيل التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لايشوب سند ملكيته عيب يبطله " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٧)

٣- " الملكـــية - وعلى ما جرى به قضاء هذه الملكية - تنتقل بالتســـجيل ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالتسجيل التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لايشوب سند ملكيته عيب يـــبطله. لمـــا كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا الـــنظر وقضى برفض دعوى الطاعن وذهب إلى بطلان عقد البيع آنف الذكر الصادر له وبطلان تسجيل صحيفة دعواه واجتزأ الحكم فى ذلك بالقول بأن هناك تواطؤا بين الطاعن والبائعين له ودون أن يشـــير الحكـــم فى تقديراته إلى أن العقد المذكور عقد صورى غير جـــدى فـــإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ١٧٨٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠)

٢٤٦ ـ عـدم نفـاذ بـيع ملـك الغير في حق المالك الحقيقي ولو كان مسجلا :

التســجيل لايطهــر العقد من العوار الذى يصيبه ، ومن ثم فإن البــيع المســجل الصــادر من غير مالك لايسرى فى حق المالك الحقيقى، ويكفيه التمسك بعدم نفاذ هذا البيع فى حقه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان لايجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشترى دون الــبائع له إلا أن المالك الحقيقى يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية مازالــت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلــب طــرد المشــترى من غيره لأنه يده تكون غير مستندة إلى تصــرف نافذ فى مواجهته ، وأن يطلب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده على ملك غير البائع له . إذ كان ذلك ، وكان هذا هو عين ما طلبه الطاعنون فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ رفــض طلــباتهم على أساس أنه كان يتعين عليهم أن يطلبوا الحكم باسترداد العقار أولا دون أن يتصدى لبحث عناصر دعواهم وما إذا كانــت ملكيتهم للقدر المطالب بطرد المطعون ضده منه وبريعه ثابتة من عدمه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤)

٢٤٧- عدم جواز الاستناد إلى عقد البدل غير المسجل فى تثبيت ملكية القدر الوارد به :

إذا كان عقد البدل لم يسجل فإنه لايجوز الاستناد إليه فى طلب تثبيت الملكية للقدر الوارد به والمتقايض عليه .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضائها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/١٢/٢٥ فى الطعن رقم ٣٩٧ لسنة ٣٥ ق والذى ذهبت فيه إلى أن :

" إذا كان عقد البدل لم يسجل فإنه لايجوز الاستناد إليه فى طلب تثبيت الملكية للقدر الوارد به والمتقايض عليه ، والتحدى بالإقرار القضائى الصادر من ورثة أحد المتبادلين بأحقية الطاعنين للمساحة المتبادل عليها لا محل له ، ذلك أن هذا الإقرار لايصلح سندا لطلب تثبيت الملكية إذ ليس من شأنه أن ينقلها للطاعنين وهو لا يعدو أن يكون مجرد تأييد لعقد البدل العرفى الصادر من مورث المقرين والذى لايترتب عليه نقل ملكية القدر المتبادل عليه لعدم تسجيله ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الإقرار فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥)

٢٤٨ ـ المفاضلة بين المتصرف إليهم بعقود مسجلة :

إذا تعدد المتصرف إليهم ، كأن يتلقى مشتريان المبيع من مالك واحد ، وقاما المشتريان بتسجيل عقديهما ، فإن المفاضلة بينهما تكون بأسبقية التسجيل . فمن سجل عقده أولا هو الذى يفضل عن الأخر .

وواضح أن الأسبقية فى التسجيل لايعتد بها إلا إذا كان المتصرف واحدا ، فإذا تلقى مشتريان المبيع من بائعين مختلفين مثلا ، تعين البحث عن المالك الحقيقى منهما ، والحكم بالمبيع لمن تلقاه عنه ولو لم يكن قد سجل عقده[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " العبرة فى المفاضلة بأسبقية التسجيل هى أن يكون المتصرف واحدا. فإذا كان الثابت فى الأوراق أن المطعون عليه الأول اشترى قطعة الأرض محل النزاع بعقد غير مسجل عن شخص كان قد اشتراها بدوره من آخرين بعقد غير مسجل، ثم أقام المطعون عليه الأول الدعوى بصحة ونفاذ البيع الصادرله من بائعه وسجل صحيفتها دون أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر

---

(١) أحمد زكى الهلالى وحامد زكى ص٢٥٤ – محمد على عرفه ص ٣٩٦ – المستشار محمود رضا الخضيرى دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع الطبعة الثانية ٢٠٠٣ ص ٣٩٨ .

لـــبائعه من البائعين الأصليين، فلما تبين أن البائعين قد باعا جزءا من هذه الأرض ، عدل طلباته بأن أضاف إليها طلب الحكم بصحة ونفـــاذ عقـــد البيع الصادر لبائعه دون أن يسجل صحيفة التعديل ، بينما سجل الطاعنان – المشتريان الآخران- عقد البيع الصادر لهما مـــن البائعين الأصليين ، ومن ثم فإنه لايجوز تطبيق مبدأ الأسبقية فـــى التســـجيل بيـــن صـــحيفة دعوى المطعون عليه الأول وعقد الطاعنيـــن لاختلاف المتصرف فى البيعين ، وإنما تكون المفاضلة بيـــن طلـــبات المطعـــون عليه الأول المعدلة التى طلب فيها الحكم بصـــحة ونفـــاذ البـــيع الصادر لبائعه ، وبين عقد الطاعنين لاتحاد المتصـــرف فى هذه الحالة وهما البائعان الأصليان ، وإذ لم يسجل المطعـــون علـــيه الأول صـــحيفة التعديل فى حين أن الطاعنين قد سجلا عقدهما فإنها يفضلان عليه " .

(طعن رقم ٥٧١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢٥)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن أساس المفاضلة بسبب أســـبقية التســـجيل هو وورد العقود المسجلة على عقار واحد وأن تكون صادرة من متصرف واحد، فإذا لم تكن صادرة من متصرف واحـــد، فـــإن أساس المفاضلة بينها إنما يتوقف على تحديد المالك الحقيقى من بين المتصرفين " .

(طعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٧)

٣- " المفاضلة بين عقدين صادرين من مالك واحد بأسبقية التسجيل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكون إلا بين عقدين صحيحين وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى صورية عقد البيع المسجل سند الطاعن فإنه لا مجال للمفاضلة بين هذا العقد وعقد شراء المطعون ضدهما الأول والثانى .

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٥٦ق ١٩٩١/١٢/١٩)

٤- " الأسبقية فى التسجيل ، إنما تكون العبرة فيه بتحديد المالك الحقيقى من بين البائعين المتعددين للمبيع ، إذ يصح العقد الصادر منه وتهدر باقى العقود لعدم نفاذها فى حقه وحق المشترى منه ، إذ أن التسجيل وحده لايكفى لنقل الملكية ، وإنما شرط ذلك أن يكون البائع مالكا للعين المبيعة ومن ثم يفضل المشترى من المالك على المشترى من غير مالك ولو كان الأول لاحقا فى التسجيل أو لم يسجل عقده أصلا " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٠)

٢٤٩- لا عبرة فى المفاضلة بين عقدين بإثبات التاريخ :

العبرة فى المفاضلة بين عقدين مسجلين بالأسبقية فى التسجيل ، ولا عبرة فى ذلك بإثبات التاريخ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لاخطـــأ إذا اعتـــبر الحكم مناط الأفضلية بين عقدين واردين علـــى عقار وصادرين من متصرف واحد هو أسبقية التسجيل دون ثـــبوت الـــتاريخ ، كما لاخطأ فى القول بأنه لايكفى لاعتبار العقد مسجلا تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشـــر بـــه وفقـــا للمواد ٧، ١٠، ١٢ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ إذ فـــى هـــذه الحالـــة فقط يحتج بالحكم من تاريخ تسجيل عريضة الدعوى " .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٧)

٢٥٠ـ الأصـل أنـه لا عبرة فى المفاضلة بين المتصرف إليهم بعقـود مسـجلة بالأسـبقية فى تقديم طلب الشهر إلى مصلحة الشهر العقارى :

نكـــرنا ســـلفا أن الأفضلية بين المتصرف لهم من مالك واحد تكـــون علـــى أساس الأسبقية فى شهر التصرف ، ومن ثم لاعبرة بأسبقية تقديم طلب الشهر ، فإذا كان المتصرف إليه الثانى هو الذى ســـجل عقـــده ، فإنه يفضل ولو كان المتصرف إليه الأول قد تقدم بطلب الشهر قبل أن يتقدم هو بطلبه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسـنة ١٩٤٦ علـى وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقـوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هـذه الحقـوق ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير . وإذ جاء هذا النص – أسوة بنص المادة الأولى من قـانون التسـجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له – خلوا مما يجيز إبطال الشـهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن مفاد ذلك – على ما جرى به قضـاء محكمة النقض- هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فـى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لايشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولايغير مـن ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فـى تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أنه مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتـنال مـن الآثـار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق. ولايغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطـؤ بيـن مـن تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصـلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضـى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى ذلك أن ما انتظمه

هــذا الــنص لايعــدو أن يكــون تبــيانا للقواعد الإدارية المحددة للإجــراءات والمواعــيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشــأن عقار واحد وإذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون لمن سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هــو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح مــا يدعــيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل " .

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٥)

٢- " مفــاد نص المادة التاسعة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إجــراء المفاضــلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أســاس الأســبقية فى الشهر طالما أن التعاقد حصل مع مالك واحد حقــيقى لايشــوب سند ملكيته عيب يبطله ، ولايغير من ذلك وجود أسبقية لآخر فى تقديم الطلب إلى جهة الشهر العقارى إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التســجيل الســابق ، كمــا أنــه لايغير من هذا النظر عدم مراعاة الإجــراءات والمواعــيد المنصوص عليها بالمادتين ٣٣ ، ٣٤ من قــانون تنظيم الشهر العقارى. ذلك أن ما انتظمته هذه النصوص-

وعلـــى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة - لايعدو أن يكون تبيانا للقواعــد الإداريـــة المحــددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحـــررات المقدمـــة للشـــهر بشـــأن عقار واحد ، فالخطاب بهذه النصـــوص موجه إلى المختصين بمأموريات الشهر العقارى ، وإذ لـــم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفتها فإن الأفضلية تكون لمـــن ســـبق فى تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق " .

(طعن رقم ٢٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٩)

٢٥١- العبرة - استثناء - بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر إذا شهر المحرران فى يوم واحد :

وقـد أوضحت ذلك محكمـة النقض فى قضائها بتاريخ ١٩٦٦/٣/١ فى الطعن رقم ٣٤٧ لسنة ٣١ق بقولها :

" إذ تقضـــى المواد ٢٥، ٢٨ ، ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظـــيم الشـــهر العقـــارى بـــأن كلا من طلبات التسجيل ومشـــروعات المحـــررات والمحـــررات تثبت فى دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقارى حسب تواريخ وساعات تقديمها فإن فى ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق فى التسجيل يتعين حتما -

إنما تما فى يوم واحد- بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر . وقد عنى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة نظــرا لمـــا يترتب على أسبقية التسجيل من أثر فى المفاضلة بين المتنازعيــن على ملكية عقار واحد، ذلك أن مؤدى نصوص المواد ٩، ١٥، ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لاتنتقل من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانـــت قد سجلت . وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله حتى إذا ما حكم له بطلباته فإن الحق الذى قرره الحكـــم ينســـحب إلى تاريخ تسجيل العريضة إذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبقا للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات أشهرت بعد هذا التاريخ " .

المفاضلة بين المشترى من المورث وبين المشترى من الوارث :

٢٥٢- (أ) فى ظل التقنين المدنى القديم :

رأيـــنا أن الملكية فى ظل التقنين المدنى القديم كانت تنتقل بين المتعاقدين بمجرد العقد ولكنها لا تنتقل بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، وترتب على ذلك أن ثار الخلاف عندما يشترى شخص عقارا دون أن يســـجل عقـــده ثم يموت البائع له ويبيع وارثه العقار نفسه إلى مشتر ثان يسجل عقده .

فهل يفضل المشترى الأول أم المشترى الثانى ؟ ذهب رأى إلى أن الوارث يعتبر امتدادا لشخصية المورث فنكون بصدد بيعين صادرين من شخص واحد فتكون الأولوية للسابق فى التسجيل أى للمشترى من الوارث .

وذهب رأى ثان إلى أن الوارث شخص مختلف عن المورث لأن الشريعة الإسلامية لاتجعل الوارث امتدادا لشخصية المورث ، وعلى هذا نكون بصدد عقدين صادرين من شخصين ويجب البحث عمن اشترى من المالك لتفضيله .

ولما كانت الملكية تنتقل بين المتعاقدين بالعقد فقد انتقلت من المورث إلى من اشترى منه وعندما مات المورث لم يكن مالكا فلم تنتقل ملكية العقار إلى الوارث فكأن المشترى من الوارث قد اشترى من غير مالك فيفضل عليه المشترى من المورث الذى اشترى من المالك .

وذهب رأى ثالث إلى أنه مع التسليم باختلاف شخصية الوارث عن شخصية المورث ، إلا أن المشترى من الوارث هو الذى يفضل لأنه يعتبر غيرا فلا يحتج عليه بنقل الملكية الذى تم بين المورث والمشترى الأول وتعتبر الملكية بالنسبة إليه باقية للمورث فتنتقل إلى الوارث الذى باع له ولهذا فهو قد اشترى من مالك وسبق بالتسجيل فهو الذى يفضل(١) .

---

(١) راجع فى عرض هذه الآراء منصور مصطفى منصور ص ١٢٦ .

والـــرأى الأول هـــو الـــذى كان متبعا فى محكمتى الاستئناف الأهلية والمختلطة فكان المشترى من الوارث هو الذى يفضل على المشترى من المورث إذا سبقه بالتسجيل[١] .

٢٥٣- (ب) فى ظل قانون التسجيل رقم ١٨ ، ١٩ لسنة ١٩٢٣ :

أزال قـــانون التسجيل الخلاف الذى ثار فى ظل التقنين المدنى القديـــم فقد جعل الملكية لاتنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل . ومن ثم فإن البيع الصادر من المورث لم ينقل الملكـــية للوارث فتظل الملكية للبائع وتؤول عند وفاته إلى الوارث فـــإذا باع الوارث فهو يبيع ما يملك فإذا سجل المشترى من الوارث فهـــو الذى يفضل ويعتبر المشترى من المورث مجرد دائن عادى حكمه حكم باقى دائنى المورث [٢].

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- " إن المعـــول عليه فى القضاء المصرى هو الأخذ بنظرية الشـــريعة الإســـلامية مـــن حيـــث اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصـــية المـــورث . وعلى ذلك فلا يمكن تطبيق نظرية التفاضل

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٥٦- حكم محكمة الاسكندرية فى ١٩١٨/٧/٢٧ ، حكم محكمة مصر فى ١٩٠٦/٢/٢٠ المشار إليهما فى هامش رقم (١) .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ١٢٧ – أنور سلطان ص ٢٢٢ .

بين البيع الذى يحصل من المورث والبيع الذى يحصل من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/٣)

٢- " البيع لاينقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا بالتسجيل، فـإذا لـم يسـجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته من بعده بالإرث ، فإذا هم باعوه وسجل المشترى منهم عقد شرائه انتقلت إليه ملكيته ، لأنه يكون قد تلقاه من مالكين وسـجل عقده وفقا للقانون . وبذا تكون له الأفضلية على المشترى من المورث الذى لم يسجل عقد شرائه " .

(طعن رقم ١٧٦ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٦/١)

أما بالنسبة لمركز المشترى من المورث فلا يجوز له الطعن فى البـيع الصـادر من الوارث إلا باعتبار أنه دائن عادى ، وبحسب الرأى الراجح فى ذلك الوقت أن الدائن العادى لايجوز له الطعن فى تصرف الوارث إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة ، أو قام الوارث أو المشترى منه بسداد الدين ، فإن بيع الوارث يعتبر صحيحا ويحكم بالملكية للمشترى منه [١].

---

(١) أنور سلطان ص ٢٢٣ – حكم محكمة استئناف مصر ١٩٢٩/١٢/١٠ .

٢٥٤- (ج) فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦:

الوضع فى انتقال الملكية فى ظل القانون كما كان فى ظل قانون التسجيل ، فالملكية فى العقارات لاتنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

غير أن المفاضلة بين البيع الصادر من المورث والبيع الصادر من الوارث يختلف عما كان عليه الحال فى ظل قانون التسجيل .

ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى قد وضع قواعد جديدة لحماية الدائنين العاديين للتركة فنص فى المادة ١٣ منه على أنه : "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لايجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة" ، كما نص فى المادة ١٤ على أنه : " يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير

من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التســجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير ".

وظاهــر من هاتين المادتين أن المشرع رغبة منه فى التوفيق بيــن حقــوق الدائنيــن العاديين للتركة ، وبين مصلحة الغير الذى يتعامل مع الوارث يفرق بين ثلاثة فروض :

الأول : إذا لــم يقم الوارث بتسجيل حق الإرث فلا يجوز شهر أى تصــرف يصــدر منه ، ومادامت التصرفات الصادرة منه لم تشــهر فلــن يحتج بها فى مواجهة دائن التركة (أى المشترى من المــورث) . هذا مع ملاحظة أن للدائن العادى وفقا للمادة ٤٨ من هذا القانون أن يتولى هو شهر حق الإرث إذا قعد عنه الوارث حتى لايظل معلقا إلى أجل غير مسمى .

الــثاني : إذا قــام الوارث بتسجيل حق الإرث ، فيجوز لدائن الــتركة أى يجوز للمشترى من المورث أن يؤشر بعقده فى هامش هــذا التسجيل، فإذا تصرف الوارث بعد ذلك فى العقار المبيع فلن يحتج بتصرفه فى مواجهة المشترى من المورث .

الثالــث : إذا قــام الوارث بتسجيل حق الإرث ، وقبل أن يقوم المشــترى مــن المــورث بالتأشير بعقده على هامش هذا التسجيل تصــرف الــوارث فــى العقار المبيع لشخص آخر فلا يحتج على

المشــترى من المورث بالبيع الصادر من الوارث إذا كان قد أشر بعقــده قبل مضى سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث ، أما إذا أشد بعقــده بعــد انقضــاء هذه السنة نفذ فى مواجهته البيع الصادر من الوارث [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "مــؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظــيم الشهر العقارى أن الملكية لاتنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقــد البيع، وأن العقد الذى لم يسجل لاينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه. فإذا لم يسجل المشترى من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكــية ويبقى العقار على ملك المورث، وينتقل منه إلى ورثته . فــإذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد . وعلى ذلك فإن عقد البيع الصادر من كل من المورث والوارث يعتبر صحيحا إلا أنه غير ناقل للملكية ولا تكون الأفضــلية إلا بعــد التسجيل ، ومع مراعاة أحكام شهر حق الإرث المنصوص عليها فى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر ".

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/١)

---

(١) الســنهورى ص ٤٨٣ ومابعدهــا – عــبد المنعم البدراوى ص ٣٤٣ ومابعدها .

٢ - " مؤدى نص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الملكية لاتنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع ، وأن العقد الذى لم يسجل لاينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه ، فإذا لم يسجل المشترى من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته . فإذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار ، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد " .

(طعن رقم ٨٥٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨)

٣- " لئن كان الأصل فى المفاضلة بين التصرفات الصادرة عن عقار واحد بصدد نقل ملكيته أنها بالأسبقية فى الشهر عملا بالمادة التاسعة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ، إلا أن المشرع فى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث أورد المادتين ١٣، ١٤ من ذات القانون فمنع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حق الإرث ومنح المتعامل مع المورث وسيلة يتقدم بها على المتعامل مع الوارث فأعطى للأول فرصة التأشير بحقه فى هامش شهر حق الإرث خلال سنة من حصوله فتكون له الأفضلية ويحتج بحقه هذا على كل

من سبقه بإشهار حق عينى عقارى تلقاه من الوارث ، ومفاد هذا أن من يتلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث قبل انقضاء سنة على شهر حـق الإرث إنما يتلقاه على مخاطره وعليه أن يتوقع تقدم المتعامل مع المورث عليه ، ولما كانت الغاية من قيام المتعامل مع المورث بالتأشـير بحقه فى هامش شهر حق الإرث هى إعلان تمسكه بحقه هـذا وإعـلام المتعامليـن مع الوارث به خلال المهلة التى حددها المشـرع ، وكـان للمشترى من المورث الحق فى أن يرفع دعوى صـحة عقـده وأن يسـجل صحيفتها عملا بالمادتين ١٥، ١٧ من القـانون المذكـور ، فإنـه متى تم له هذا التسجيل قبل إشهار حق الإرث أصـبح فى غنى عن معاودة التأشير مرة أخرى بذات حقه فـى هـامش حـق الإرث الذى يتم شهره فيما بعد ، لأن التسجيل إجـراء شهر يحاج به الكافة وتتحقق به الغاية التى تغياها المشرع من التأشير الهامشى المشار إليه " .

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٣/١٨)

٤- " مفاد نص المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسـنة ١٩٤٦ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يجـب التأشـير بالمحـررات المثبتة لدين من الديون العادية على المـورث فى هامش تسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائـية أو غـيرها من السندات المثبتة لحق الإرث وقوائم الجرد

المتعلقة بها ، ويحتج بالتأشير من تاريخ حصوله إلا إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير ، فإذا باع المورث عقارا ولم يسجل المشترى البيع قبل موت المورث ثم باع الوارث العقار ذاته فإن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث إذا سجل عقده فى خلال السنة التى تلى شهر حق الإرث أو أشهر دينه خلال هذه المدة حتى لو سجل المشترى من الوارث عقده قبل ذلك " .

(طعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٥/٦)

٢٥٥ ـ تسجيل العقود المتتالية :

كانت المادة ٦١٩ من التقنين المدنى القديم تقضى بأنه فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها ، ومن مقتضى هذا الحكم أن (أ) لو باع عقاره إلى (ب) الذى لم يسجل عقده ، ثم باع (ب) هذا العقار إلى (ج) الذى سجل عقده ، ثم بعد ذلك باع (أ) نفس العقار إلى (د) الذى سجل عقده ، فإن (ج) يفضل على (د) لأنه سبقه فى تسجيل عقده ، بالرغم من أن سند البائع له وهو (ب) غير مسجل[1] .

---

(١) نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٥٨ وما بعدها – محمد كامل مرسى ص ٤٠ وما بعدها .

وقد كان هذا الحكم منتقدا لسببين :

الأول: أن (ب) لو لم يكن قد باع العقار إلى (ج) لوجب تفضيل (د) علـيه لأن عقـده غير مسجل على حين أن عقد (د) مسجل . فكيف يتصور بعد ذلك أن ينقل (ب) إلى (ج) حقا أقوى من حقه أو حقا لم يكن له .

الـثانى : أن نظـام الشهر نظام شخصى بمعنى أنه لايعتد فيه بموقع الأعيان بل بأسماء أصحابها ، ولهذا لم يكن فى استطاعة (د) أن يعلـم بالتسـجيل الذى قام به (ج) ، وإذا علمنا أن نظام الشهر شرع لحماية الغير حسنى النية ، ولاجدال فى حسن نية (د)، لوجب تضـحية (ج) لتقصيره ، إذ كان فى مكنته أن يسجل العقد الصادر مـن (أ) إلـى (ب) ليعلم الغير بخروج العقار من ملك (أ) فيمتنعوا عن التعامل معه بشأنه[١].

ولذلك فإن قانون التسجيل نص على إلغاء المادة ٦١٩، إعمالا للمبدأ الذى أتى به والذى يقضى بأنه عند عدم التسجيل فإن الملكية لاتنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير . وهذا يقتضى أن من لم يسجل عقده لايكتسب الملكية ، فلا يستطيع أن ينقلها إلى الغير . وأصدر وزير الحقانية فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ قرارا بوجوب عدم

---

(٢) أنور سلطان ص ٢٢٥.

تســجيل العقود التى تقدم للشهر إلا بعد تسجيل العقود الأصلية التى تكون مؤرخة بعد أول يناير ١٩٢٤ .

وهــذا الحكم الأخير هو الذى أيده قانون تنظيم الشهر العقارى بــنص صريح هو نص المادة ٢٣ وهى تقضى بأنه : " لايقبل من المحــررات فــيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا لأحكام المادة السابقة إلا :

(١) المحررات التى سبق شهرها " .

ومعــنى ذلــك أنه فى حالة توالى البيوع لعقار واحد لايستطيع المشــترى الــثانى تســجيل عقده إلا إذا كان عقد المشترى الأول مسجلا .

إلا أنـــه ورد استثناء على حكم هذه المادة فى المادة ٥٥ التى تجــرى علـــى أن : " اســتثناء من حكم المادة ٢٣ تقبل للشهر المحررات التى تم توثيقها أو التصديق على توقيعات المتعاقدين فــيها أو التى صدرت فى شأنها أحكام بصحة التعاقد أو التوقيع قــبل العمــل بأحكــام هذا القانون وكانت تستند فى إثبات أصل الملكية أو الحق العينى لمحررات عرفية تحمل تاريخا سابقا على سنة ١٩٢٤) [١].

---

(١) أنور سلطان ص ٢٢٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٤٤ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقــرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لايقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها، فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفــاذه رغما عن أن سند البائع لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا ، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده " .

(طعن رقم ٣١٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١١/١٨)

٢٥٦ـ جواز الاحتجاج بورقة الضد غير المسجلة بين طرفيها :

لا يمنع وجود عقد بيع مسجل ، من الاحتجاج بورقة الضد غير المســجلة بيــن طرفــيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ متى كان من الثابت أنها ليست فى حقيقتها تقاسما بل إقرارا بصورية عقد آخر . كمـــا أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولـــو كانت فى صيغة تفاسخ متى كان الثابت أنها ليست فى حقيقتها تفاسخا بل إقرارا بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ ، كما

أنهـا يصــح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها " .

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١)

٢٥٧ـ حجية الشهر :

لـيس معـنى أن الملكـية فـى المواد العقارية لاتنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، أن للتسجيل قوة فى ذاته بحيـث أنه ينقل الملكية أو ينشئ الحق العينى مجردا عن التصرف الذى يستند إليه انتقال الملكية أو إنشاء الحق العينى ، فهو لايصحح عيوب التصرف الناقل ، وليس من شأنه نقل الملكية أو إنشاء الحق إذا لم يكن المتصرف مالكا .

فالتسجيل يجب أن يستند إلى عقد صحيح وصادر من مالك .

فالتسجيل فى قانون الشهر العقارى مهمته شهر المحرر على علاته، فيـبقى البـيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل ، فإن كان باطلا يـبقى على بطلانه لأن التسجيل لايصحح البطلان ، فالملكية تنتقل بالعقد والتسجيل ، وذلك عكس الحال فى قانون السجل العينى حيث يكون للتسجيل حجية مطلقة كما سنرى[١] .

---

(١) السـنهورى الجزء التاسع – المجلد الأول ص ٥٠٣ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣١٠ وما بعدها .

وبالترتيب على ذلك ، إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وقضى بإبطاله ، أو كان صحيحا ثم فسخ ، ففى هذه الأحوال يعتبر العقد كأن لم يكن ، وبالتالى يعتبر الحق كأن لم ينتقل بالرغم من التسجيل ، وهذا مع مراعاة الحماية التى قررها القانون للغير حسن النية كما سنرى فى موضعه(١) .

وكذلك إذا ثبت أن العقد المسجل عقد صورى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) " إن الملكية لاتنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما هى تنتقل بأمرين: أحدهما أصلى وأساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعى ومكمل ، وهو التسجيل . فإذا انعدم الأصل فلا يغنى عنه المكمل . وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لايحميها التسجيل " .

(ب) إن القانون لايمنع المشترى الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل ، لأنه بوصف كونه دائنا للبائع فى الالتزامات الشخصية المترتبة على عقد البيع ، وأهمها الالتزام بنقل الملكية ، يكون من حقه التمسك بتلك الصورية لإزالة العقبة القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده . فمن يرفع الدعوى

---

(٢) منصور مصطفى منصور ص ١١٣ وما بعدها .

بصحة العقد له أن يضمنها طلب بطلان العقد المسجل من قبل لمصلحة غيره لكى يخلص له طريق نقل الملكية بتسجيل الحكم الذى يصدر له بصحة التعاقد ".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٦/٣)

٢- " العقد الصورى يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل . فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وإبطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل فإنها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفى غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقى لاحقا لتاريخ العقد المسجل " .

(طعن رقم ٣٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١١/٢٥)

٣- " إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا ولايترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا ".

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧)

٤- "التسجيل طبقا لأحكام القانون رقم ١١٤ لسنه ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى هو نظام شخصى يجرى وفقا للأسماء لابحسب العقارات وليست له حجية كاملة فى ذاته ، فهو لا يصحح

العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلـــب أصحاب الشأن أو من يقوم مقامهم علي ضوء البيانات التي أوجبـــت المـــادة ٢٢ من القانون اشتمال طلبات الشهر عليها ومنها البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضي تغييرا فـــي دفاتـــره والبيانات المتعلقة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف واسم المالك أو صاحب الحق العيني وطريق انتقال الملكـــية أو الحـــق العينى فيه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التمليك إن كـــان قـــد شهر والأوراق المؤيدة للبيانات المذكورة ، فإذا ما قامت مصـــلحة الشـــهر العقاري ببحث أصل الملكية أو الحق العينى فى حـــدود هـــذه البيانات والأوراق المؤيدة لها وانتهت بعد التحقق من صـــحتها إلى إجراء شهر المحرر فإنها تكون قد أدت واجبها طبقا للقـــانون ولـــو لم يترتب علي هذا التسجيل انتقال الحق إلى طالب الشـــهر لعيـــب في سند ملكيته أو لكون المتصرف غير مالك للحق المتصـــرف فيه طالما أن الأوراق والمستندات المقدمة لا تنبئ عن العيـــب اللاحق بسند التمليك أو تشير إلى وقوع تصرف سابق على ذات الحق محل الشهر .

(طعن رقم ٥٤١ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢٨ /٥ /١٩٧٠)

٥- لايوجـــب القـــانون فـــى دعوى الصورية – المرفوعة من المشـــترى الـــثانى ضـــد المشترى الأول وهو أحد ورثة البائع – اختصـــام أشخاص معينين ، ومن ثم فإن عدم اختصام ورثة البائع

لايترتـــب عليه سوى أنه لايكون للحكم الصادر فى الدعوى حجية علـــيهم دون أن يـــؤدى ذلك إلى بطلان الحكم ، لما كان ذلك فإنه لايقبل من الطاعن – المشترى الأول- التحدى بعدم اختصام ورثة البائع له " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٦)

٦- " إن الغـــير بالمعـــنى الذى تقصده المادة ٣٤٤ من القانون المدنـــى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى فيجوز لمـــن كسب من البائع حقا على المبيع – كمشترى ثان – أن يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمـــة فـــى ســـبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مســـجلا ، فالتســـجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقد جديـــا- كما أن التسجيل لايكفى وحده لنقل الملكية بل يجب أن يرد علـــى عقـــد جـــدى ، فالمشترى بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتـــبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بالصورية أيـــا كان الباعث عليها ، وهذا المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصـــورية بالنســـبة إلى التصرف الصورى الصادر من البائع إلى مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الإثبات كافة " .

(طعن رقم ٤٨٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٩)

٧- العقد المسجل – ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان مشـتر آخـر من ذات الصفة – بفضل العقد الغير مسجل ، إلا أن الصـورية تختلف عن التواطؤ مدلولا وحكما ، لأن الصورية إنما تعـنى عدم قيام المحرر أصلا فى نية المتعاقدين ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية لـه ، لما كان ذلك وكان ثبوت صورية عقد البيع صورية مطلقة – وعلـى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة – يرتب بطلانه ، فلا تنـتقل بـه ملكـية القدر المبيع ولو كان مسجلا، إذ ليس من شأن التسـجيل أن يصـحح عقدا باطلا، وكان البين من مدونات الحكم المطعـون فـيه أنـه بعد أن خلص إلى أن عقد البيع الصادر إلى الطاعـنة – من زوجها بشأن الأرض موضوع الدعوى – صورى صورية مطلقة رتب على ذلك انعدام العقد المذكور على الرغم من تسـجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه ، وأيد حكم محكمة الدرجة الأولـى الـذى قضى بصحة ونفاذ عقد البيع الابتدائى الصادر إلى المطعون ضده الأول عن ذات الأرض المشار إليها ، ومن ثم يكون الحكـم المطعون فيه قد طبق القانون على وجهه الصحيح ، ويكون النعى على غير أساس " .

(طعـن رقم ٥٤٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٢٨ – غير منشور)

٨- " لمــا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمشترى ســواء ســجل عقده أو لم يسجله أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخــر من البائع له صورية مطلقة ، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقــد مــن الوجود إذ يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصــرف الصادر من البائع له إلى مشتر آخر وفقا لصريح نص المــادة ٢٤٤ من القانون المدنى، وبالتالى فإن البائع لايمثل أيا من المشترين فى الدعوى التى يقيمها المشترى الآخر بصحة عقده، وإذ خــالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على أن البائع لمورثته مشترية العقار كان يمثلها فى دعوى صــحة الــتعاقد رقــم ... مدنــى أسيوط واستئنافها والمرددة بين المطعــون ضــدهما الأول والثالث ورتب على ذلك أن هذا الحكم حجــة علــيها كمــا أقامه على ما استخلصه من تقرير الخبير فى الدعــوى'... فــإن الحكــم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وخالف الثابت بالأوراق " .

(طعــن رقــم ٣٤٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٩/٣/٥ - غير منشور)

٩- " من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للمشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمســك بصــورية عقــد المشترى الآخر صورية مطلقة وفقا

لصـــريح نـــص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد وإثبات بقاء ملكية العقار لمدينه البائع ، تيحكم له هو بصـــحة عقـــده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة ، وكـــان الحكـــم المطعون فيه قد قبل تدخل المطعون ضدها الأولى خصـــما فـــى الدعوى باعتبارها خلفا عاما لمورثها المشترى بالعقد المـــؤرخ ١٩٧٧/٧/١٥ المقضى بصحته ونفاذه فى الدعوى المقامة مـــن ذات الـــبائعة للطاعـــن وأجاز لها إثبات صورية عقد الأخير صـــورية مطلقـــة وإذ أفلحت فى إثبات ذلك بما أتيح لها من وسائل الإثـــبات المقـــررة قانونا فلا عليه إذ قضى برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقده المؤرخ ١٩٨١/٨/١٦ لبطلانه دون مفاضلة بينه وعقد المطعون ضدها الأولى سالف البيان لانتفاء شروط المفاضلة بينهما فيكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعـــن رقم ١٩٩٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٦/٥- غير منشور)

١٠- " إذ كان القانون لايمنع المشترى الذى لم يسجل عقده من أن يتمســـك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة ولو كان مسجلا ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يتمكن من تســـجيل عقده هو أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على

عقـــد البـــيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعـــث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده ، وكان الحكم المطعون فيه قد امتنع عن تحقيق ما تمسك بـــه الطاعـــنون من صورية عقد البيع الصادر إلى المطعون ضده الأول مـــن مورث باقى المطعون ضدهم عن ذات المساحة المباعة لهم من نفس البائع على أساس أن عقد المطعون ضده الأول المشار إليه قد انحسم النزاع بشأنه بعد حلفه اليمين الحاسمة التى ردها عليه الـــبائع مـــورث بـــاقى المطعون ضدهم بما لايجوز معه للطاعنين العـــودة إلى مناقشة هذا العقد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بتعديه أثر هذه اليمين إلى غير من وجهها ومن وجهت إليه " .

(طعن رقم ٤١٠٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٦)

١١- وحيث إن هذا النعى فى محله - ذلك أنه من المقرر- فى قضـــاء هـــذه المحكمة- أن للمشترى ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمســـك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده - صورية مطلقـــة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود إذ إنه بصفته دائـــنا للـــبائع فـــى الالتزامات المترتبة علي عقد البيع الصادر إليه يكـــون له التمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فـــى سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة - وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى - أن يثبت صورية العقد الذى

أضر به بطرق الإثبات كافة باعتباره من الغير فى أحكام الصورية ولايغير من ذلك أن يكون هذا العقد مسجلا فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعـل العقد الصورى جدياً كما أن التسجيل لايكفى وحده لنقل الملكـية بل لابد أن يرد على عقد جدى، كما إن إغفال الحكم بحث دفـاع أبـداه الخصـم يترتب عليه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـة - بطـلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتـيجة التى انتهى إليها ، إذ يعتبر هذا الإغفال قصوراً فى أسباب الحكـم الواقعـية يقتضى بطلانه . لما كان ذلك، وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك أمام درجتى التقاضى بصورية عقد البيع المسجل برقم ١٩٨٦/٢٤٢١ الجيزة الصادر للمطعون ضده الثانى مـن المطعون ضده الأول الذى سبق أن باع ذات شقة النزاع إلى الطاعـن بـالعقد الابـتدائى المؤرخ ١٩٧٩/٨/٢٧ صورية مطلقة وساق على دفاعه قرائن عدة فى صحيفة الاستئناف ، وصمم على ذلـك فـى مذكـرة دفاعـه أمام محكمة الاستئناف ، وكان الحكم المطعـون فـيه قد التفت عن هذا الدفاع الجوهرى ولم يعن ببحثه وتمحيصـه وصولاً إلى وجه الحق فيه ، مع أنه لو صح لتغير به وجـه الـرأى فـى الدعوى، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور فى التسـبيب والإخـلال بحق الدفاع مما يوجب نقضه لهذا الوجه من سبب النعى دون حاجة إلى الرد على الوجه الآخر منه " .

(طعن رقم ١٨٩١ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٥)

١٢- " وحيث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أن المقرر- فى قضاء هذه المحكمة – أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى انتهى إليها، إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً فى أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه ، مما مؤداه أنه إذا طرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنظر فى أثره فى الدعوى ، فإن كان منتجاً وجب عليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا رأته متسماً بالجدية مضت إلى فحصه لتقف على أثره فى قضائها فإن هى لم تفعل كان حكمها قاصراً . وأن التملك بوضع اليد المكسب للملكية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- واقعة مادية مستقلة متى توافرت شرائطها القانونية وأنها تكفى بذاتها فى هذا الشأن وليس ثمة ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين المراد تملكها بهذا الطريق إليه والأخذ به كقرينة على توافر نية التملك لديه ، وأن المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر ، وله وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الإثبات

كافة ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعــل العقــد الصورى عقداً جدياً ، كما أن التسجيل لا يكفى لنقل الملكــية بــل لابــد أن يرد على عقد جدى . لما كان ذلك ، وكان الطاعــنون قد تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بأنهم تملكوا الأرض محل النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية بعد شرائهم لها بعقدى بيع ابتدائيين مؤرخين ١٩٧١/٨/٢٥ صادرين من مورثة المطعــون ضــدهم – عــدا الأخير – وبأن عقد البيع المسجل سند المطعــون ضــدهم سالفى الذكر الصادر لهم من نفس البائعة عقد صــورى وطلــبوا إحالــة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية وإثــبات وضع يدهم بنية التملك منذ عام ١٩٧١، وإذ التفت الحكم المطعــون فيه عن هذا الدفاع إيراداً له ورداً عليه ولم يقسطه حقه ويفطــن لدلالته مع أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجــه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ٨٧١ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/١١)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

١- " إن الحقوق تنشأ وتزول بالمحررات التى تتضمنها والتى تعتبر سند إنشائها أو زوالها وأن التسجيل أو القيد ليس من شأنه أن يخلـــع الصحة على عقود ولدت باطلة كما أن ليس فى شأن إغفاله أن يـــبطل عقودا ولدت صحيحة ، وكذلك الحكم فى تجديد القيد إذ يأخذ حكم القيد إن تم فى الميعاد " .

(طعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٢)

٢- "ومن حيث إن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقـــارى المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة١٩٧٦ ينص فى المادة (٩) علـــى أن " جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينـــية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبـــتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولا تتغير ولاتزول إلا بين ذوى الشأن ولا بالنســـبة إلـــى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوى الشأن..... " .

وتـــنص المـــادة (١٠) علـــى أن " جميع التصرفات والأحكام النهائـــية المقـــررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب

كذلـــك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير...." وتنص المادة (١٥) على أنه : " يجب التأشير فـــى هـــامش ســـجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحـــرر وجوداً أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ ..." وتـــنص المـــادة (٢٣) على أنه " لاتقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحـــررات الـــتى سبق شهرها (٢) المحررات التى تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعـــد الموت تم قبل العمل بأحكام هذا القانون (٣)...... (٤) ..... وذلك كله بشرط عدم تعارض هذه المحررات مع مستندات المالك الحقيقى " .

ومـــن حيث إن مؤدى هذه النصوص أن المشرع أوجب الشهر عـــن طريق التسجيل لجميع التصرفات التى يكون محلها إنشاء أو نقـــل أو تغيـــير أو انقضاء حق من الحقوق العينية الأصلية ورتب على عدم التسجيل أثراً هو بقاء الحق على حاله وكأنه لم يرد عليه أى تصـــرف فـــلا ينشأ الحق ولاينتقل أو يتغير أو يزول سواء فى العلاقات بين ذوى الشأن أو بين الغير إذ لا يكون للتصرف من أثر فـــى هذه الحالة سوى ما يرتبه من التزامات شخصية بين أطرافه ،

وقد حدد المشرع فى صدد إجراءات الشهر دور ذوى الشأن ودور مصـــلحة الشـــهر العقارى فحدد للمصلحة المحررات التى تختص بشـــهرها عن طريق التسجيل أو القيد والتأشير على الهامش ، كما حـــدد المحررات التى تقبل فى إثبات أصل الملكية أو الحق المراد تســـجيله أو قيده وخول – مصلحة الشهر العقارى- بالإضافة التى أوردهـــا بالقـــانون رقـــم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على المادة ٢٣ رفض المحررات المشهرة إذا تعارضت مع مستندات المالك الحقيقى .

وترتيـــباً على ما تقدم فإنه بمقتضى التعديل الذى أدخله المشرع علـــى المادة (٢٣) من القانون فإنه أصبح لمصلحة الشهر العقارى المفاضـــلة بين المحررات لإثبات أصل الملكية والتى تقبل فى هذه الإثـــبات- بشرط عدم تعارض هذه المحررات مع مستندات المالك الحقـــيقى ، وعلـــى ذلـــك فإنه يكون لمصلحة الشهر العقارى عدم الاعـــتداد بالمحـــرر المشـــهر مادام أنه ثبت لها أنه يتعارض مع مستندات المالك الحقيقى أو إذا كان المحرر المشهر ظاهر البطلان ومـــنعدماً لانعـــدام محل التصرف أو لوروده على عقار غير قابل للتعامل فيه كالأموال العامة، ذلك أن التسجيل باعتباره عملا قانونياً لاتنتقل به ملكية إلا إذا كان ناشئاً عن عقد صحيح مستكمل لأركان انعقاده ومنها ركن المحل إذ يجب أن يرد العقد على محل له وجود

وقــابل للتعامل فيه ، ولا يمكن أن يكون من شأن التسجيل باعتباره عملاً قانونياً أن يبعث تصرفاً ولد معدوماً أو يرتب أثراً قانونياً على مثل هذا التصرف . ولا وجه للقول بأن عدم اعتداد مصلحة الشهر العقــارى بالمحرر المشهر سوف يؤدى إلى إهدار الثقة بها وبعدم حجيــتها فى حماية الملكية ، لأن الاعتداد بالتصرفات الباطلة رغم عــدم صــدورها من المالك الحقيقى هو أمر يهدر الغاية من نظام الشهر وهو حماية الملكية العقارية وحماية أصحاب الحقوق العينية من عصابات اغتصاب الأراضى التى قد يتاح لها عن طريق الغش والــتواطؤ من شهر بعض المحررات الناقلة للملكية على غير سند من القانون " .

(طعــن رقم ٦٨١ لسنة ٤١ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٩ – دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات)

٢٥٨ ـ إثــبات صـورية العقد الثانى الصادر للمتصرف إليه الذى سجل عقده :

رأيــنا فــى البــند السالف أنه يجوز للمتصرف إليه بعقد غير مســجل إثــبات صورية العقد المسجل الصادر لآخر، ليتمكن من إهــدار هذا العقد ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثره على عقده ، كما لو كان التصرف بيعا .

وقد استقر قضاء النقض على أن هذا المشترى يعتبر من الغير بالنسبة للبيع الآخر ، وله باعتباره خلفا خاصا أن يثبت صورية هذا العقد بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

١- " يعتبر المشترى فى أحكام الصورية من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر، ومن ثم يكون له أن يثبت صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات ، وهذه القاعدة قننتها المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم حيث نصت على أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/٦)

٢- استخلاص الصورية من أدلتها مما تستقل به محكمة الموضوع، لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله ".

(طعن رقم ١٦١٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٩- غير منشور)

٣- " تقدير أدلة الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى كما أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها من إطلاقاته مادام استخلاصه سائغا مما تحمله مدلول هذه الأقوال " .

(طعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٧)

٤ – " إنه من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر من ذات البائع صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود حتى يمكن بعد تسجيل عقده هو أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة، إذ أنه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له من جهة القيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل الملكية يكون له أن يتمسك بتلك الصورية وأيا كان الباعث عليها وذلك لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ومن الأوراق أن الطاعن طالب التدخل فى دعوى المطعون ضدها الأولى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليها وقد قرر أنه اشترى نفس هذه المساحة المبيعة ومن ذات البائعة قد تمسك بصورية العقد محل هذه الدعوى صورية مطلقة وكانت الدعوى بصحة ونفاذ العقد

تتســـع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصـــحته أو بطلانه ومنها أنه صورى صورية مطلقة إذ من شأن هــذه الصـــورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه ، كما وأن الحكم بالصحة والنفاذ – من ناحية أخرى– يتوقف على عدم سلامة هذا الدفاع ، فإن الحكم إذا واجه دفـــاع الطاعــن بصورية العقد المشار إليه محل التداعى بانتفاء مصـــلحته فيه لعدم انتقال ملكية المبيع إليه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون مشوبا بالقصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٧٣٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/١/٩ – غير منشور)

٥– " مـــن المقـــرر– فى قضاء هذه المحكمة – أنه يجوز لمن كســـب مـــن الـــبائع حقا على المبيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات صـــورية البيع التالى الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائـــق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا، فالتسجيل ليس من شأنه أن يصحح عقدا باطلا ويجعل العقـــد الصورى جديا كما أنه لايكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى " .

(طعن رقم ١٨١٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٩– غير منشور)

٦– "مشـــترى العقـــار بعقد مسجل يعتبر – وعلى ما جرى به قضـــاء هـــذه المحكمة – من الغير بالنسبة للبيع الآخر الصادر من

البائع عن ذات المبيع، وله باعتباره خلفا خاصا أن يتمسك بصورية العقـد الآخـر صورية مطلقة حتى ولو لم يتمسك بذلك البائع بعد القضـاء برفض ادعائه بتزوير ذلك العقد ، إذ ليس فى القانون ما يحـول دون التمسـك بـبطلان التصرف أو صوريته بعد رفض الادعـاء بـتزوير المحـرر المثبت به التصرف ، لاختلاف نطاق ومـرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر فى الادعاء بالـتزوير على إنكار صدور الورقة من المتصرف دون التعرض للتصـرف ذاتـه مـن حيث صحته وبطلانه، ولايفيد ثبوت إسناد التصرف إلى المتصرف بطريق اللزوم صحته وجديته " .

(طعن رقم ١٢٢٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٩)

٧- " إن عـبء إثبات الصورية إنما يقع على كاهل من يدعيها وتقديـر كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه واجـه دلائـل الصورية التى استند إليها الطاعن وأورد بأسبابه ما يفـندها بـتقريره أن علـم طرفى عقد الصلح بالدعوى التى أقامها الطاعـن بصـحة ونفـاذ عقد شرائه لايعد دليلا على صورية هذا الصلح خاصة وأن المطعون ضده الأول هو الذى اشترى العقار فى بـادئ الأمـر وأقـام دعواه بطلب صحة ونفاذ عقد شرائه قبل أن يشترى الطاعن كما أن لجوء المتصالحين إلى الطعن بالتزوير على

عقد شراء هذا الطاعن ليس دليلا أو مجرد قرينة على صورية الصلح الذى انعقد بينهما ، ثم أورد الحكم فى مقام التدليل على جدية الصلح ونفى الصورية عنه الظروف التى لابست البيع الصادر إلى المطعون ضده الأول وما تلاه من نزاع ثار بينه وبين البائع المطعون ضده السابع ظل معروضا على القضاء أمدا ليس بقصير إلى أن انتهى النزاع بالصلح المطعون عليه واستخلص الحكم من تلك الظروف التى سردها أن عقد البيع الصادر إلى المطعون ضده الأول كان عقدا حقيقيا ووضع موضع التنفيذ بتسليم العقار إلى المشترى ولكن للخلاف الذى نشب بين المتعاقدين ووضع العقار تحت الحراسة القضائية كطلب البائع من المحكمة الابتدائية التى أصدرت حكما قضى برفض دعوى ذلك المشترى بصحة ونفاذ عقده ولما أقام استئنافا عن الحكم الابتدائى وأثناء نظر الاستئناف انعقد الصلح الذى حسم النزاع حسما نهائيا وبمقتضاه استوفى البائع المطعون ضده السابع ثمن العقار كاملا وأقر بصحة ونفاذ البيع وتعهد برد العقار الموضوع تحت الحراسة إلى المطعون ضده الأول ونفذ تعهده فعلا بتسليمه إليه على يد محضر بتاريخ ١٩٧٦/٢/٢٤ ، لما كان ذلك وكان هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه كافيا فى التدليل على عجز الطاعن فى إثبات صورية عقد الصلح الذى استخلص جديته استخلاصا سائغا من واقع الأوراق

المطــروحة على المحكمة ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من نعى فــى هــذا الصــدد ينحل إلى جدل فى مسألة مردها تقدير محكمة الموضوع مما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض " .

(طعنان رقما ٩٥٦ ، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/٧)

٨- " مــن المقــرر فــى قضــاء هذه المحكمة أن تقدير أدلة الصــورية هــو ممــا تســتقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، وإذ كان الحكم المطعون فــيه قد أقام قضاءه بصورية عقد البيع المؤرخ ١٩٧٤/٢/١٠ على ما أورده بأسبابه من أن "لو كان العقد المشار إليه صحيحا وصادرا فى تاريخه السالف بيانه لما كان ثمة ما يدفع المستأنف الأول وكيل المستأنف ضده الأخير فى بيع الأرض موضوع العقد بعقد الوكالة الموثق فى ١٩٧٥/٢/٤ برقم ٣٣١ج توثيق جنوب القاهرة – وهو تــاريخ لاحق للعقد المؤرخ ١٩٧٤/٢/١٠- وما تقاعست المستأنفة الثانــية عن رفع دعواها بصحة التعاقد حتى سنة ١٩٧٨ فضلا عن عدم اطمئنان المحكمة إلى أقوال شاهدى الطاعنين. وكان هذا الذى خلــص إلــيه الحكم سائغا وكافيا لحمل قضائه بصورية عقد البيع المــؤرخ ١٩٧٤/٢/١٠ الصادر للطاعنة الثانية من الطاعن الأول فــإن النعى عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/١١/٢٨)

٩- " ... فـإن الثابت كذلك من الأوراق أن الطاعن قد اعتصم بعقـد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس البائع إلى المطعـون ضـدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجـوز له عـند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات، لما هو مقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن للمشترى ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سـجل عقـده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجـود إذ أنه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البـيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائـق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده ، ويصبح له بهذه الصفة - وفقا لصريح نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى - أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الإثبات كافة باعتباره من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلـى مشتر آخر . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عـن إجابـة طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق باعتبار أنه وارث للـبائع لايجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى

إلا بمـــا كـــان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر مـــن نفـــس الـــبائع بما يتيح له بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجـــب نقضه لهذا السبب. ودون حاجة إلى بحث السبب الآخر من سببى الطعن " .

(طعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٦/٥/١٩٩٦)

٢٥٩ـ لا تأثير للدعوى البوليصية على العقد المسجل :

يســـتطيع المتصرف إليه بعقد غير مسجل كالمشترى بغير عقد مســـجل الذى يتصرف البائع له فى نفس العقار الذى سبق أن باعه أن يطلـــب عـــدم نفـــاذ هذا التصرف فى مواجهته وذلك باستخدام الدعـــوى البوليصـــية الـــتى أتاحـــت المادة ٢٣٧ مدنى لكل دائن اســـتخدامها . ويجرى نص هذه المادة على أن : " لكل دائن أصبح حقـــه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عـــدم نفـــاذ هذا التصرف فى حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقـــوق المديـــن أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الـــزيادة فى إعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية "[١].

---

(١) وتنص المادة التالية (م٢٣٨ مدنى) على أنه :

ذلــك أن المشترى بعقد غير مسجل يعتبر دائنا عاديا للبائع ، فــإذا استحال عليه الحصول على التنفيذ العينى بعد أن سبقه غيره إلــى تســجيل عقــده ، كان له الحق فى استعمال هذه الدعوى إذا توافرت لديها شروطها وأهمها أن يكون التصرف المراد الطعن فيه تاليا لحق الدائن ومسببا إعسار المدين (البائع) بحيث يصبح مجموع أمــوال المديــن الباقــية بعد هذا التصرف غير واف بجميع ديونه الحالية والآجلة .

وهــذه الدعوى ، هى دعوى شخصية تعتبر مقدمة للتنفيذ على أموال المدين بمقتضى حق الضمان العام ، فلا يجوز أن يلجأ إليها

" ١- إذا كــان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدرله التصرف علــى علم بهذا الغش ، ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

٢- أما إذا كان التصرف تبرعا، فإنه لاينفذ فى حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .

٣- وإذا كــان الخلــف الذى انتقل إليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كــان الخلــف الثانى يعلم غش المدين ، وعلم الخلف الأول بهذا الغــش ، إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا " .

المشـــترى بعقـــد غير مسجل لإبطال عقد المشترى الثانى المسجل حـــتى يتمكـــن هو بعد ذلك من تسجيل عقده والحصول على ملكية العقار المبيع إليه .

وكـــل مـــا يترتب على الحكم فى الدعوى البوليصية بعدم نفاذ تصـــرف الـــبائع فـــى حق دائنيه هو إمكان هؤلاء الدائنين التنفيذ بحقوقهم على العقار موضوع التصرف الذى تقرر عدم نفاذه ، فلا يجـــوز للمشـــترى الأول الذى لم يكن قد سجل عقده أن يبادر بعد الحكم المذكور إلى تسجيل عقده لنقل ملكية ذلك العقار إليه(١) .

---

(١) سليمان مرقس فى عقد البيع ص ٣٣٢ - وعكس ذلك السنهورى جـ٤ ص ٥٥٤ ومـــا بعدها فيرى أنه يجب الأخذ هنا بتطبيق خاص للدعوى البوليصـــية عندما يذكر حق الدائن فى عين مملوكة للمدين ، فإن المدين يعتـــبر فـــى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصية مادام الدائن لايستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التى يرتكز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين. ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين فى العين ومن حقه أن يطالب بدلا من التعويض بالتنفيذ العينى . فيطالب المشترى الأول إذن بالتنفـــيذ العيـــنى وهـــو تملك العقار . ويعتبر البائع فى هذا الخصـــوص معســـرا حـــتى لـــو كانت عنده أموال كافية تفى بتعويض المشترى الأول عن فوات تملكه العقار .

ومـــن ثـــم يجـــوز للمشـــترى الأول الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البوليصية ، فيجعله غير نافذ فى حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، وبتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الدعوى البوليصية على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليست إلا وسيلة يتمكن بها الدائن من أن يقتضى دينه من ثمن العين المطلوب إبطال التصرف الحاصل من مدينه فيها فى مواجهة المتصرف له ، وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه أقام الدعوى على الطاعن بطلب تثبيت ملكيته إلى عقار اشتراه بعقد مسجل ممن باع ذات العقار إلى الطاعن بعقد لم يسجل وكان دفاع الطاعن بصفة أصلية هو أن عقد المطعون عليه عقد صورى لا وجود له واحتياطيا على فرض جديته فقد أضر به ومن حقه إبطال هذا التصرف وفقا للمادة ١٤٣ من القانون المدنى (القديم) وكان الحكم قد أثبت- استنادا إلى أوراق الدعوى – أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بالدعوى البوليصية إلى إجراء مفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون عليه المسجل فيكون غير منتج فى التخلص من آثار عقد المطعون عليه المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان هو بوصفه متصرفا له والمتصرف سئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة . ومن ثم يكون كل ما يعيبه الطاعن على الحكم من إغفال التحدث عن الدعوى البوليصية لاجدوى منه فى خصوص هذه الدعوى " .

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/١١)

٢- " (أ) متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشترى الذى لم يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال التصرف الصادر من البائع إلى المشترى الذى سجل عقده تأسيسا على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم ، فإن إضافته إلى ذلك طلبا آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب الأصلى فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى البوليصية وتكون المحكمة إذ اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لمجرد هذه الإضافة وأعملت حكمها على ما بين الطلبين من تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما ودون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالا قد خالفت القانون وأخطأت فى تطبيقه " .

(ب)- " متى تحققت الشرائط المقررة لبطلان التصرف تأسيسا على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى إلى بعث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق

المشـــترى الـــذى يســـجل بوصفه دائنا للبائع وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ " .

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٢) [١]

٣- " لمـــا كـــان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن كان يســـتهدف بطعـــنه بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى المطعون ضده الـــثانى إلى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل فإن ذلك الطعن – وعلى ما جرى به قضاء هـــذه المحكمـــة – يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفا له والمتصرف سئ النية متواطئين كل الـــتواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة . ومن ثم يكون ما يعيبه

---

(١) ويعلـــق الدكـــتور سليمان مرقس على هذا الحكم (ص ٣٣٣ وما بعدها) قائلا : "ويلاحظ أن المبدأ الذى قرره هذا الحكم فى ظل نصوص التقنين المدنـــى القديـــم التى كانت تعتبر أن الدائن رافع الدعوى البوليصية هو وحـــده الذى يستفيد من الحكم الذى يصدر فيها يكون أولى بالاتباع فى ظـــل التقنيـــن المدنى الحالى حيث تنص المادة ٢٤٠ منه على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضـــرارا بهـــم . ومقتضى ذلك أنه لايجوز لواحد من هؤلاء الدائنين – لمجـــرد أن حقـــه الشخصى ثابت فى محرر صالح للشهر – أن يستأثر بـــثمرة الدعوى البوليصية عن طريق المبادرة إلى تسجيل عقده وكسب ملكـــية العقار المبيع لأنه ليس له على هذا العقار أى حق أكثر من سائر الدائنين الذين تم التصرف المطعون فيه إضرارا بهم " .

الطاعـــن علـــى الحكم إغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثاني بالدعوى البوليصية لاجدوى منه في خصوص هذه الدعوى ".

(طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦)

٤- (أ)- " الدعـــوى البوليصـــية ليست في حقيقتها - وعلى ما جـــرى بـــه قضـــاء هذه المحكمة - إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصـــادر مـــن المدين إضرارا بدائنه ، ولايمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما " .

(ب)- " ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ، ولايؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو إلى مدينه ، بل إنها تدخل ضمن ما يكفـــل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين ، وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين " .

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٣)

٥- (أ)- " الدعـــوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل هي في حقيقـــتها دعـــوى بعـــدم نفاذ التصرف الصادر من الميدن المعسر إضـــرارا بدائنه ، وهي بذلك تتضمن إقرارا بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولايمس الحكم الصادر فـــيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا

كافـــة آثاره ولايترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين وإنما ترجع فقط إلى الضمان العام للدائنيـــن، أمـــا دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعـــدم جديته ويستهدف منها المدعى محو العقد الظاهر وإزالة كل أثـــر له وصولا إلى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من ملك المدين " .

(ب) " للمشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا للبائع بالتزام نقـــل الملكـــية أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقـــده صـــورية مطلقة وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد وإثبات بقاء ملكية العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكـــية العيـــن المبيعة ، وهذا أمر لا يتحقق له عن طريق الدعوى البوليصـــية التى يقتصر الحكـــم فيها على عدم نفاذ تصرف المدين المعســـر إضرارا بحقوق دائنيه ولايترتب على هذا الحكم أن تعود ملكية العين إلى البائع المدين بعد خروجها بالعقد المسجل بل ترجع إلـــى الضـــمان العـــام للدائن وطالما كانت الملكية لاترتد إلى ملك المديـــن البائع فلن يتسنى له تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشترى منه بعقد لم يسجل " .

(طعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٠)

٦- " الدعـوى البوليصـــية - وعلـــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ليست في حقيقتها إلا دعوى لعدم نفاذ التصرف الصادر مـــن المدين إضرارا بدائنه ولايمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصــــادر مـــن المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منـــتجا كافـــة آثـــاره القانونـــية بيـــنهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصـــيه المفاضلة بين العقود بل هى دعـــوى شخصية لايطالب فيها الدائن بحق عينى ولايؤول بمقتضاها الحق العينى إليه أو إلى مدينه بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعـــود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

٢٦٠ـ للمتصـرف إلـيه بعقـد لم يسـجل التمسـك لصالح المتصرف بعدم صحة التسجيلات الموقعة على العين :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضاء حديث لها ذهبت فيه إلى أن :

" المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أن المشترى الذى لم يسجل عقـــده بوصـــفه متلقـــيا الحـــق عن البائع ودائنا له فى الالتزامات الشخصية المترتبة على عقد البيع وأهمها الالتزام بنقل ملكية المبيع

يكون من حقه أن يتمسك قبل الغير لصالح البائع المائك بعدم صحة التسجيلات الموقعة على العين المبيعة إليه ويهدف إلى إزالة العقبة القائمـــة فى سبيل تحقيق أثر عقده بنقل ملكية العين إليه خالصة مما يشوبها ".

(طعن رقم ١٦٧٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٨)

٢٦١ـ للغير حسن النية التمسك بحجية العقد المسجل حتى لو كان صوريا :

للغـــير حســـن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر المسجل الصورى متى كان ذلك فى مصلحته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" جـــرى قضـــاء محكمـــة النقض على أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا فى مصلحته ولايجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة متى كان لايعلم بصورية عقد تمليك البائع له ولو كان مؤشرا بمضمونها على هامش تسجيل العقـــد الظاهـــر المســـجل لأن ذلك التأشير لايؤدى إلا إلى إثبات تاريخهـــا وإثـــبات التاريخ ليس فيه إشهار للورقة حتى يعترض به علـــى الغير بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية فى طى الكتمان والخفـــاء . وإذن فمـــتى كانت الطاعنة قد باعت الأطيان موضوع الـــنزاع إلى المطعون عليها الأولى بمقتضى عقد بيع مسجل وكان

المطعــون علــيه الثانى قد اشترى تلك الأطيان منها بعد أن اطمأن إلــى ملكيــتها لهــا فإنه يعتبر فى حكم الغير بالنسبة لصورية عقد البيع. والحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن المطعون عليها الأولــى قــد عجزت عن إثبات علم المشترى بورقة الضد التى لم تسجل قبل صدور البيع إليه بحيث لاتسرى عليه ولا يكون لها ثمة تأثــير على حقوقه المستمدة من العقد الظاهر المسجل ، لايكون قد خالف القانون أو شابه قصور " .

(طعن رقم ١٥٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٠)

٢٦٢ـ لامسئولية على مصلحة الشهر العقارى إن شاب سند المالك عيب أو وقع التصرف من غير مالك :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التســجيل طبقا لأحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشــهر العقــارى هو نظام شخصى يجرى وفقا للأسماء لابحسب العقــارات وليســت له حجية كاملة فى ذاته ، فهو لايصحح العقود الــباطلة أو يكمــل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلب أصــحاب الشــأن أو مــن يقوم مقامهم على ضوء البيانات التى أوجبــت المــادة ٢٢ من القانون اشتمال طلبات الشهر عليها ومنها البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييرا فــى دفاتــره والبيانات المتعلقة بأصل حق الملكية أو الحق العينى محل التصرف واسم المالك السابق أو صاحب الحق العينى وطريق

انتقال الملكية أو الحق العينى فيه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التمليك إن كان قد شهر والأوراق المؤيدة للبيانات المذكورة ، فإذا ما قامت مصلحة الشهر العقارى ببحث أصل الملكية أو الحق العينى فى حدود هذه البيانات والأوراق المؤيدة لها وانتهت بعد التحقيق من صحتها إلى إجراء شهر المحرر فإنها تكون قد أدت واجبها طبقا للقانون ، ولو لم يترتب على هذا التسجيل انتقال الحق إلى طالب الشهر لعيب فى سند ملكيته أو لكون المتصرف غير مالك للحق المتصرف فيه طالما أن الأوراق والمستندات المقدمة لاتنبئ عن العيب اللاحق بسند التمليك أو تشير إلى وقوع تصرف سابق على ذات الحق محل الشهر".

(طعن رقم ٥٤١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

٢٦٣ ـ مصلحة الشهر العقارى ليست سلطة عليا فى مناقشة صحة المستندات التى تقدم إليها

مصلحة الشهر العقارى ليست سلطة عليا فى مناقشة صحة المستندات التى تقدم إليها عند بحث الملكية وليس لها أن تهدر هذه المستندات مادامت قد حازت حجية قاطعة بما ورد فيها[1].

(١) الأستاذ مجدى ندا الفتاوى والأحكام فى الشهر العقارى والتوثيق والرسوم طبعة ١٩٩١ ص ١٢٠ .

فلئن كان لمصلحة الشهر العقارى حق مناقشة مستندات الملكية التى تقدم لها بصدد شهر المحررات الواجبة الشهر ، وتقصى مدى صحتها ومطابقتها للواقع استنادا إلى أن دور المصلحة فى هذا الشأن ليس دورا سلبيا يقف عند مجرد الرجوع إلى تلك المستندات - إلا أن دورها ليس كذلك دورا إيجابيا بحيث يجعل منها سلطة عليا تناقش صحة المستندات التى تقدم إليها فى هذا الصدد ، حتى ولو كانت تعتبر قانونا حجة قاطعة بما ورد فيها ، مثال ذلك الأحكام النهائية المنشئة أو المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية- ومنها الأحكام الصادرة فى دعاوى الاستحقاق ودعاوى القسمة العقارية - والتى يطلب شهرها تطبيقا للمادتين ٩، ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى - هذه الأحكام النهائية الحائزة لقوة الشئ المقضى فيه تعتبر حجة قاطعة بما ورد فيها بحيث لايجوز إهدارها إلا بحكم آخر صادر من جهة مختصة ومن ثم فلا يجوز لمصلحة الشهر العقارى أن تنصب نفسها رقيبا على صحة ما ورد فى هذه الأحكام بأعتبارها سندا مثبتا لأصل الحق العينى المطلوب شهره فتناقش مدى صحتها ومطابقتها للواقع [1].

---

(١) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٥٦٤ فى ١٩٦٠/٧/٦ منشورة بمؤلف الأستاذ مجدى ندا سالف الذكر ص ١٢ ومابعدها .

٢٦٤- عدم ترتيب البطلان على مخالفة مأمورية الشهر العقارى قواعد بحث الطلبات المتعارضة المنصوص عليها بالمادة ٣٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى :

تنص المادة ٣٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه : "إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها فى الدفتر المعد لذلك وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشرا عليه بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة الفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما، وعلى ألا تجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر فى شأن عقار واحد وجب أن تنقضى بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشرا عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تجاوز هذه الفترة خمسة أيام . وتحتسب الفترات المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشرا عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال " .

وقد ذهبت محكمة النقض أن ما انتظمه هذا النص لايعدو أن يكون تبيانا للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو

مشـــروعات المحـــررات المقدمـــة للشهر بشأن عقار واحد . وأن المشرع لم يرتب بطلان الشهر على مخالفته .

ولـــيس للمضـــرور إلا أن يطالب موظف الشهر العقارى ومن تواطـــأ معه على ذلك بالتعويض ، إذا كانت المخالفة نتيجة غش أو تواطؤ .

إذ قضت محكمة الـنقض بجلسـة ١٩٦٦/٢/١٥ فى الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٣١ ق بـأن :

" تـــنص المـــادة التاســـعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ علـــى وجـــوب شهر جميع التصرفات المنشة للحقـــوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشا هـــذه الحقـــوق ولا تنـــتقل ولاتتغير ولا تزول بين ذوى الشان ولا بالنســـبة للغـــير . وإذ جاء هذا النص أسوة بنص المادة الأولى من قـــانون التســـجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له - خلوا مما يجيز إبطال الشـــهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن مفاد ذلك - على ما جرى به قضـــاء محكمة النقض- هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فـــى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لايشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولايغير مـــن ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية

فـــى تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتـــنال مـــن الآثـــار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولايغـــير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطـــؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصـــلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضـــى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى ذلك أن ما انتظمه هـــذا الـــنص لا يعـــدو أن يكـــون تبيانا للقواعد الإدارية المحددة للإجـــراءات والمواعـــيد الواجـــب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشـــأن عقار واحد وإذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هـــو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح مـــا يدعـــيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل " [1].

---

(١) ويـــرى الأســـتاذ مجدى ندا (ص١٤ وما بعدها) أن محكمة النقض قد جانبت الصواب فيما انتهت إليه فى قضائها لأسباب عدة هى :

* أولاً : أن الأســـاس الذى بنت عليه المحكمة حكمها من حيث اعتبارها أن النصـــوص الـــواردة فـــى القـــانون والمنظمة لقواعد بحث الطلبات والمشروعات المتعارضة لاتعدو أن تكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة

للإجــراءات والمواعيد الواجب على المأموريات اتباعها – هو قول لا دليل عليه ، بل إن نصوص القانون تؤدى إلى عكس هذا المفهوم تماماً. فمن ناحية : أن القواعد الإدارية المحضة لا ترد فى صلب القانون وإنما ترد فى المنشورات الإدارية المنظمة لقواعد العمل الإدارى بمصلحة الشهر العقارى .. وورودها فى صلب القانون على نحو ما وردت به ، يكشف بجــلاء عــن قصـــد الشارع فى أنه أراد حماية مصالح صاحب الطلب الأســبق إن كان جادا فى طلبه أو مشروعه وفى نفس الوقت عدم جعل هــذا الطلب أو المشروع الأسبق عقبة لا فكاك منها أمام صاحب الطلب أو المشـــروع اللاحق إن استبان عدم جدية صاحب الطلب أو المشروع الأســبق فى إتمام إجراءاته. لذا تدخل المشروع لإعمال الحماية الواجبة لحقــوق الأطــراف بأن وضع فى صلب القانون مجموعة القواعد التى تكفل احترام أسبقية صاحب الطلب أو المشروع الأسبق إن توافرت لديه الجدية ، بأن يعطيه الحق فى إتمام إجراءات طلبه أو مشروعه أولا قبل صاحب الطلب اللاحق بما يكفل له –من بعد – إتمام تسجيله أولا فيحسم بذلك الصراع بينه وبين اللاحق له فى اتخاذ الإجراء .. وفى نفس الوقت يكفــل لصــاحب الطلــب اللاحق – بذات هذه القواعد – تخطى الطلب السابق باعتباره عقبة تحول بين صاحب الطلب أو المشروع اللاحق فى إنجــاز تسجيل عقده . ومتى كان ذلك فإن إدارج هذه القواعد فى هذين النصين على هذا النحو ليس من شأنه أن ينظم " إجراءات " فحسب بل إن مــن شـــأنه أن يرتــب لأصحاب الشأن "حقوقاً " يسهر القانون على حمايتها .

ومن ناحية ثانية : أن ألفاظ النص وعبـــاراته تكشف عن انصــراف نية الشــارع إلـــى ترتيــب البطلان جــزاء مخالفة ما ورد به من قواعد . وذلك مستفاد من لفظ "الوجوب" الذى استعمله المشرع فى المادة ٣٣ ق ١٩٤٦/١١٤ حيث جرى نص المادة المذكورة على أنه :

" إذا قــدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تدوينها فى الدفتر المعد لذلك وأن تتقضى بين إعــادة الطلب السابق مؤشراً بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشراً عليه بذلــك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تجــاوز هــذه الفــترة سبعة أيام ، وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر فى شأن عقار واحد وجب أن تنقضى بين إعادة مشروع المحرر الســابق مؤشرا عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة .... الخ " .

ومــن ناحية ثالثة : أن المذكرة الإيضاحية للقانون ١٩٤٦/١١٤ تفصح عــن نــية المشرع فى ترتيب البطلان جزاء مخالفة هذه القواعذ حيث نجدها تتحدث عن أن المقصود بهذين النصين هو حماية حقوق صاحب الطلب الأسبق . حيث جاء بالمذكرة الإيضاحية ما يلى :

بــيد أن إجراءات الشهر قد تتعقد فى مرحلتيها فقد يتزاحم طالبو الشهر ويبتغى كل منهم أن يتقدم على الآخرين وقد تقتضى المأمورية من الطالب اســتيفاء بيان لايرى وجهاً له (وقد يرفض مكتب الشهر إجراء التأشير الهامشــى وقد يتعدد طالبو التأشير الهامشى ويتزاحمون على الأسبقية)

ولذلك أفرد المشروع لهذه الاحتمالات نصوص المواد من ٣٣ إلى ٣٦ ، فواجـه فـي المـادة (٣٣) حالة تعدد طلبات الشهر أو تعدد مشروعات المحررات التي تقدم للمأمورية في شأن عقار واحد واحتكم في هذه الحالة إلـى نظام الأسبقية المقرر في المادتين ٢٥، ٢٨ فأوجب أن تنقضي بين إعـادة الطلـب السابق مؤشراً عليه بالقبول والطلب اللاحق مؤشرا عليه بذلـك فـترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما على ألا تـتجاوز هـذه الفترة سبعة أيام ، وأوجب أن تنقضي بين إعادة مشروع المحـرر السـابق مؤشراً عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل مـنهما على ألا تتجاوز هذه الفترة خمسة أيام ، وقضى باحتساب الفترات المـتقدم ذكـرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر لصاحب الشـأن بالبريد من تاريخ الإرسال . ولايلحق هذا الحكم ضرراً بمصلحة مـن يرسل إليه الطلب أو مشروع المحرر بالبريد لأن الإرسال يفترض انقضاء ثلاثة أيام دون أن يتقدم صاحب الشأن لتسلم هذا المشروع أو ذلك الطلـب (المـادة ٢٦ ، ٢٨) ، وقد استرشد المشروع في هذه القواعد بنظام اتبعته مصلحة المساحة لحماية الموظفين من ضغط أصحاب الشأن عند التزاحم ولتحقيق العدل بين المتزاحمين وفقاً لأسبقيتهم دون نظر إلى أي اعتـبار آخـر . وسيكون من أثر مراعاة الأسبقية حث الأفراد على المـبادرة إلى تقديم الطلبات أو مشروعات المحررات وقطع السبيل على كل محاولة ترمي إلى استغلال الظروف والمصادفات .

وتعالج المادة (٣٤) حالة تعثر الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب فى البيانات أو الأوراق المؤيدة فتلتزم المأمورية بتكليف صاحب الشأن بتلافى هذا النقص أو العيب بكتاب موصى عليه فى خلال أجل لايجاوز خمسة عشر يوما . فإذا لم يفعل رفع الأمر إلى أمين مكتب الشهر وللأمين أن يصدر قراراً مسبباً بسقوط أسبقية هذا الطلب أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية تبعاً لما يتبين من ظروف الطالب .
وإذا كانـــت العدالة تقتضى ضمان تقدم صاحب الطلب الأسبق فهى تأبى دون شك تحميل أصحاب الطلبات اللاحقة تبعة تقصير من تقدمهم ولذلك كـــان تقريـــر ســقوط الأسبقية جزاء عادلاً فى أحوال التقصير على أن المشروع حرص على إحاطة صاحب الطلب الأسبق الذى يصدر قراراً بسقوط أسبقيته بجميع الضمانات الممكنة فأتاح له التظلم من قرار الأمين فـــى الحدود المقررة فى المادة ٣٤ وكفل له فى هذه الحالة الانتفاع من أســبقيته فـــنص فـــى الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ على وجوب التقيد بـــالقواعد المـــتعلقة بمـــراعاة المواعيد فى إبلاغ القرار الصادر بسقوط الأسبقية وفى إعادة الطلبات اللاحقة .
ومن ناحية رابعة : أن القول بعدم ترتيب البطلان جزاء مخالفة القواعد المنصوص عليها بالمادتين ٣٣، ٣٤ ق ١٩٤٦/١١٤ يتعارض ويتناقض مـــع مـــا اســـتقر عليه قضاء محكمة النقض من أن الأحكام الواردة فى القـــانون رقـــم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى متعلقة بالنظام العام ولذلك تكون القواعد التى قررتها آمرة وواجبة التطبيق حتما ومن ثم لاتسوغ مخالفتها .

وما دامت محكمة النقض قد استقر قضاؤها على هذا – وهو ما يتفق مع الصحيح فى القانون– فإنه لايكون هناك من مبرر لاستثناء حكم المادتين ٣٣، ٣٤ من القانون . والقول بغير ذلك يحمل عنتا فى تفسير النصوص ولا حاجة بنا إلى الخروج عن ألفاظ النص وعباراته .

ومن ناحية خامسة : أن المشرع– وحرصاً منه على إعمال مبدأ الأسبقية فى التسجيل – قد قسم إجراءات الشهر إلى مراحل ثلاث :

مـــرحلة الطلبات ، وهى التى تبدأ بتقديم الطلب إلى المأمورية المختصة وتنـــتهى بتســـليم صـــاحب الشأن كشف التحديد المساحى بعد المراجعة مقـــبولاً للشـــهر . ومرحلة مشروعات ، وهى التى تبدأ بتقديم مشروع المحـــرر النهائى إلى ذات المأمورية وتنتهى بإعادته إلى صاحب الشأن مؤشراً عليه بالصلاحية للشهر. ومرحلة الشهر النهائى ، وهى التى تبدأ بـــتقدير الرسوم وسدادها والتصديق على التوقيعات ثم تقديم المحرر إلى المكتب المختص وتنتهى بإعطاء المحرر رقم الشهر النهائى .

وهـــذه المـــراحل الثلاث قد حرص المشرع على وضع الضوابط التى تحكمها حماية للمتعاملين ، وحفاظا لحقوق أصاحب الأسبقيات فى إطار كـــل مـــرحلة علـــى حـــده .. وليس من المتصور إزاء هذا السياج من الشـــكليات أن تكـــون كـــل هذه القواعد مجرد " قواعد إدارية " خاصة بالمأموريات لتعلق كل ذلك " بحقوق الغير " كما سبق أو أوضحنا " .

٢٦٥- أحكام قانون تنظيم الشهر العقارى تتعلق بالنظام العام :

أحكام قانون تنظيم الشهر العقارى تتعلق بالنظام العام . ومن ثم لايجوز الاتفاق على مخالفتها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأحكام الواردة فى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى متعلقة بالنظام العام ولذلك تكون القواعد التى قررتها قواعد آمرة وواجبة التطبيق حتما ومن ثم لاتسوغ مخالفتها فيما يتعلق بانتقال الملكية بمقولة إن لجنة التقدير قد قدرت أصول المنشأة – المدمجة– وخصومها باعتبار أنها مملوكة للمشترى دون البائع بالمخالفة لتلك الأحكام " .

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٤ ق جلسة٢٦/١٢/١٩٦٨)

٢٦٦ ـ حكم قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ :

تنص، المادة ٢٦ من القانون على أن : " جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب قيدها فى السجل العينى . ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية .

ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ولايكـــون للتصــــرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن " .

وهــذه المـــادة تطـــابق المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى.

فالملكـــية لاتنتقل فى التصرفات التى من شأنها بإنشاء حق من الحقوق العينة العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك فـــى الأحكام النهائية المثبتة لذلك ، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغـــير ، إلا بالقـــيد فـــى السجل العينى . أما إذا لم تقيد فى السجل العيـــنى فإنها لاتنقل الملكية وإنما ترتب فى ذمة الطرفين التزامات شخصـــية ، فـــإذا كان التصرف بيعا ، ظل البائع مالكا ولكنه يلتزم بتســـليم العقـــار المبيع إلى المشترى ، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

ويلتزم المشترى بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع . وذلك كله بالتفصيل الذى ذكرناه بصدد قانون تنظيم الشهر العقارى.

غـــير أنـــه هناك فارقا بين قانون تنظيم الشهر العقارى وقانون السجل العينى فيما يتعلق بسبب نقل الملكية .

ففـــى قانون تنظيم الشهر العقارى تنتقل الملكية بالعقد والتسجيل معـــا. وبهـــذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٤٣/٦/٣ فى الطعن رقم ٧٩ لسنة ١٢ق [١].

أما الملكية فى قانون السجل العينى فتنتقل بالقيد فقط .

ويترتب على ذلك نتائج هامة :

فالتسجيل فى الشهر العقارى لايطهر العقد من عيوبه ، فإذا كان البـــيع باطلا أو صوريا فلا تنتقل ملكية المبيع بالتسجيل . فالتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى مهمته شهر المحرر على علاته .

أمـــا القـــيد فى السجل العينى فله حجية مطلقة باستثناء اكتساب الملكية بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل كما سنرى فى البند التالى .

٢٦٧ـ حجية القيد فى السجل العينى :

تـــنص المـــادة ٣٧ من قانون السجل العينى على أن : " يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ولايجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل " .

---

(١) وقد جاء به : " إن الملكية لا تنقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصلى وأساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية، وثانيهما تبعى ومكمل وهو التسجيل . فـــإذا انعدم الأصل فلا يغنى عنه المكمل . وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لايصححها البطلان".

وتنص المادة (٣٨) على أنه : " استثناء من أحكام المادة السابقة يقـبل قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصـوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار .

ولاتكـون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقا عينيا من المالك المقـيد فى السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه فى المادة ٣٢ من القانون " .

ومفاد المادة (٣٧) أن بيانات السجل العينى فى شأن الملكية لها قوة تؤكد صحتها ، ولايجوز تغييرها إذا كان التقادم سببا للملكية ، ولايجـوز الطعن فى هذه البيانات بالتزوير وهو ما يعبر عنه بالقوة أو الحجـية المطلقة لبيانات السجل . وأجازت المادة (٣٨) استثناء مـن المـادة المذكورة قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكـية ، إلا أنها قيدت مجال إعمال هذا الاستثناء بالدعاوى التى ترفع أو التى يصدر حكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصـوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار .

وقـد جـاء بالمذكـرة الإيضاحية للقانون ضمن المزايا التى يحققهـا قـانون السجل العينى : " ١- تحقيق الأمان التام لكل من يـتعامل علـى العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل . إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا للحقيقة ونقيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فـى المشـروع أو الفصل نهائيا فيما قد يرفع من طعون، ذلك أن المشـروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل العينى ، ويمثل هذا المبدا حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العيـنى هو الحقيقة بالنسبة للغير ، وبذلك يصبح من يتعامل مع من قـيد كمالك للعقار فى حماية من كل دعوى غير ظاهرة فى السجل .... إلخ " .

ويفسر ذلك أن القانون قد كفل الإجراءات اللازمة لتحرى الدقة فـى البـيانات الـتى تثبت بالسجلات ، كما أتاح الاعتراض لذوى الشأن أمام لجنة قضائية .

فقد نظمت المواد (١٠ –٢٠) إجراءات دقيقة لقيد البيانات فى السجل حتى يطابق الواقع بقدر الإمكان. ونظمت المواد (٢١-٥٢) إجـراءات الاعتراض على ما أثبت من بيانات أمام لجنة قضائية ، بقصد التثبت من صحته ما أثبت بالسجلات من بيانات .

غـير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلسة ٦/٦/ ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية " دستورية" بعدم دستورية ما

نصـــت علـــيه المادة ٣٧ من قانون السجل العينى الصادر بالقانون رقــم ١٤٢ لســـنة ١٩٦٤ بـــنظام السجل العينى من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل ، وبسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون [(١)].

---

(١) الجريـــدة الرسمية العـــدد (٢٥) بتاريخ ١٩٩٨/٦/١٨ وننشر الحكم فيما يلى :

بعد الاطلاع علي الأوراق ، والمداولة .

حيـــث إن الوقـــائع – علـــي مـــا يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصـــل فـــي أن المدعين قد أقاموا الدعوى رقم ٣٨١ لسنة ١٩٩٣ مدني كلي الفيوم ضد السيد/ عبد المجيد سعيد عبد الله وأحمـــد حسن عبد الجواد والسيدة / عليه عبد التواب قطب طالبين الحكـــم بتثبيت ملكيتهم لسبع وعشرين فدانا كائنة بناحية جبلة مركز سنورس والمبين حدودها ومعالمها في صحيفة تلك الدعوى ، علي ســـند مـــن أنهـــم حازوها بنية التملك – ومورثهم من قبلهم – مما يكسبهم ملكيتها .

وبجلسة ٢٤ يناير سنة ١٩٩٥ قضت محكمة الفيوم الابتدائية بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني بالنسبة إلى ١٩س ١٣ط ١٤ف من أطـــيان التداعي والمقيدة بالسجل العيني فى ملكية المدعى عليه الأول في تلـــك الدعوى، وبتثبيت ملكية المدعين لمساحة قدرها ١٩س ١٣ط ١٤ف مـــن أطـــيان التداعـــي والمقيدة بالسجل العيني باسم مورثهم ، وأقامت قضاءها في ذلك علي ما تنص عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العيني

الصادر بالقرار بقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ من أن للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه. ولا يجوز التملك بالتقادم علي خلاف ما هو ثابت بالسجل . فضلا عن أن المادة ٣٨ من ذات القانون استلزمت لقيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان قانون السجل العيني علي القسم المساحي الذي تقع فيه الأرض المطلوب الحكم بثبوت ملكيتها لواضع اليد عليها ، وقد نص قرار وزير العدل علي تطبيق نظام السجل العيني علي القسم المساحي الكائنة به أرض التداعي وذلك اعتبارا ١٨ / ١١ / ١٩٧٨

وإذا لم يرتض المدعون الحكم الابتدائي أنف البيان ، فقد طعنوا عليه بالاستئناف رقم ٢٦٩ لسنة ٣١ قضائية أمام محكمة استئناف بني سويف (مأمورية استئناف الفيوم) ، وأثناء نظره دفعوا بعدم دستورية ما تنص عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العينى من عدم جواز التمسك بالتقادم المكسب للملكية على خلاف ما هو ثابت بالسجل العينى . وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعهم هذا ، وصرحت لهم برفع الدعوى الدستورية ، فقد أقاموا دعواهم الماثلة وضمنوا صحيفتها طلبهم الحكم بعدم دستورية هذا الحظر وكذلك المادة ٣٨ من قانون السجل العينى .

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة – وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية – مناطها ارتباطها عقلا بالمصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسائل الدستورية ، لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها ، وكان المدعون يقولون بأنهم تملكوا عقار النزاع بالتقادم المكسب للملكية، فإن مصلحتهم

الشخصـــية المباشـــرة تتوافر بإبطال المادة ٣٧ من قانون السجل العينى التى لاتجيز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل .

وحيـــث إن المـــادة ٣٨ من قانون هذا السجل ، وإن أجازت استثناء من المـــادة السابقة عليها قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية إلا أنها تقيد مجال عمل هذا الاستثناء بالدعاوى التى ترفع أو التى يصدر حكـــم فـــيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار . ومن ثـــم يعتـــبر نص المادة ٣٨ من قانون السجل العينى ساقطا إذا ما قضى بعدم دستورية قاعدة الحظر التى قررتها الفقرة الثانية من المادة ٣٧ من هذا القانون ، تقديرا بأن الاستثناء من قاعدة يفترض بقاءها فإذا أبطلتها المحكمة لمخالفتها للدستور ، سقط الاستثناء معها .

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون السجل العنيى الصادر بالقرار بقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ تنص على أن يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة به ، وتقضى فقرتها الثانية بأنه لايجوز الـــتملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل ، بما مؤداه أن بيانات السجل العينى فى شأن الملكية ، لها قوة تؤكد صحتها ، ولايجوز تغييرها إذا كان التقادم سببا لكسبها .

وحيـــث إن المدعيـــن ينعون على النص المطعون فيه ، مخالفته أحكام المواد ٨ و ٤٠و٣٤و٦٨ من الدستور ، وذلك من الأوجه الآتى بيانها :

أولها : أن من حاز أراض فى مناطق لم يشملها السجل العينى ، يملكها بالتقادم . فإذا امتد إليها تطبيق هذا القانون ، صار تملكها به مستحيلا ، وفى ذلك إهدار لتكافؤ الفرص .

فضلا عن أن النص المطعون فيه يخل باستقرار أوضاع كثير من المزارعين الذين تملكوا أراضيهم بمقتضى عقود عرفية عزفوا عن تسجيلها ، ولاتزال أيديهم متصلة بها من خلال حيازتها . غير أنهم فوجئوا بأن اللجان القائمة على تطبيق قانون السجل العينى لاتعير آذانها لحقوقهم ، وأنها تقيد أراضيهم هذه بأسماء ملاكها القدامى أو ورثتهم بزعم أن التقادم لايجوز أن يناهض بيانا مثبتا بالسجل العينى .

ثانيا : أن الذين يدعون الملكية بناء على أحد أسباب كسبها غير التقادم ، يستطيعون تثبيتها من خلال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى ثم قيدها فى السجل العينى ، فإذا كان التقادم سبب كسبها ، حيل بينهم وبين إثباتها. وفى ذلك تمييز دون مسوغ بين من يملكون ، وتأبيد للنزاع حول الملكية.

ثالثا: أن القيد الأول بالسجل العينى يستند إلى أعمال وقرارات إدارية. وحرمان من تملك بالتقادم من تسجيل ملكيته على سند من مخالفتها للثابت بالسجل ، مؤداه أن تظل هذه الأعمال والقرارات بعيدة عن الرقابة القضائية .

وحيث إن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق ، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط تحد من إطلاقها ، وتقيم لها تخومها التى لايجوز اقتحامها . وكلما كان هذا التنظيم منتهيا إلى إهدار الحقوق التى تناولها ، أو مؤديا إلى إرهاق محتواها بقيود لاتكفل فعاليتها، وبما ينال من مجالاتها الحيوية التى لاتقوم إلا بها ، كان مخالفا للدستور.

وحيــث إن الدستور يكفل للحقوق التى نص عليها ، الحماية من جوانبها العملــية ، ولــيس من معطياتها النظرية ، وكان الأصل فى النصوص القانونـــية هو ارتباطها عقلا بأهدافها باعتبارها وسائل صاغها المشرع لتحقــيقها ، وكان من المقرر أن الحقوق جميعها لاتنشأ ولاتنتقل إلا من خـــلال أسبابها التى حددها القانون ، فقد صار متعيناً أن نستظهر ما إذا كـــان قانون السجل العينى ملتزما إطارا منطقيا للدائرة التى يعمل فيها ، كافلا من خلالها تحقيق الأغراض التى رصد عليها ، أم كان بالنصوص التى تضمنها مجاوزا لها .

وحيــث إن الشـــهر – وكلما كان شخصيا – لايحيط بكل صور التعامل الــتى يكون العقار محلها ، وإنما تسجل الحقوق المشهرة ، وفقاً لأسماء أصحابها التى قد تختلط فيما بينها بالنظر إلى تشابهها . وكثيراً ما يكون العقار الواحد محلا لأكثر من علاقة قانونية لايتحد أطرافها ، فلا ترصد فـــى صـــحيفة واحدة تجمعها ، وإنما تتفرق مواضعها فى السجل ، فلا تسهل معرفتها .

كذلـــك فإن تسجيل الأعمال القانونية التى يكون من شأنها إنشاء الحقوق العينـــية العقارية الأصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها ، لايطهرها من عيوبها كلما كان الشهر شخصيا ، ولا يحول دون الطعن عليها والنزاع فى شأن صحتها ، بما يخل بالحماية الواجبة لكل ذى شأن فيها .

ولا كذلـــك أن يكـــون السجل عينيا ، متطلبا قيدِ الحقوق العينية الأصلية المـــتعلقة بالعقار الواحد ، وكذلك ما اتصل بهذا العقار من الحقوق العينية التبعية ، فضلا عن التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينـــية الأصلية ، فى صحيفة واحدة تجمعها ، تتضمن وصفا للعقار من

حيث أبعاده وحدوده وطبيعته ، وما تعلق به من صور التعامل على اختلافها ، وما نشأ أو ارتبط بها من الحقوق العينية وأصحابها ، فلا يكون قيد هذه الحقوق فى السجل إلا لإثباتها بصورة مطلقة، ضمانا لاستقرار أوضاعها ، وبما يطهرها من عيوبها أيا كان نوعها أو مداها .

وحيث إن القوة المطلقة للقيود التى يثبتها السجل العينى فى صحائفه وفقا لأحكامه ، وإن كانت جوهر نظامه ، ولايتصور أن يوجد هذا السجل بدونها ، ولو كان هذا القيد قد تم خلافا للحقيقة ، إلا أن شرط إجراء القيد – وعلى ما تنص عليه المادة الحادية عشرة من قانون السجل العينى – هو أن تكون الحقوق العينية التى يثبتها القيد فى صحائفه ، فقد أنشأتها أو قررتها أسباب كسبها ، تقديرا بأن أسبابها هذه ، تمثل روافدها التى لايتصور أن يتجاهلها هذا السجل ، شأنها فى ذلك شأن مصادر الحقوق الشخصية .

ولايجوز بالتالى أن ينفصل قيد الحقوق العينية الأصلية عن أسبابها التى رتبها القانون المدنى ، وحصرها .

بل إن أسبابها هذه ، هى التى يكون الاستيثاق من صحتها سابقا على قيد الحقوق التى أنشأتها أو نقلتها ، فلا يكون من شأن السجل العينى تحوير بنيانها ضمانا لتقيده بالأغراض التى رصد عليها ، ولأن القيد فى هذا السجل لايعتبر ركنا شكليا لاتكتمل بغيره عناصر وجود الحقوق المراد إثباتها فيه ، بل تظل لهذه الحقوق – حتى وإن لم تقيد – مقوماتها باعتبار أنها ترتد مباشرة إلى أسبابها التى أنتجتها ، وهو ما تؤكده الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العينى بما قررتاه من أن الأعمال القانونية التى لاتقيد ، لاتزول بكامل آثارها ، وإن امتنع الاحتجاج بالحقوق العينية الأصلية التى أنشأتها أو نقلتها أو غيرتها أو أزالتها ، سواء فى العلاقة بين أطرافها أو على صعيد الأغيار عنها .

وحيث إن الحيازة هى السيطرة المادية على الحق أو الشئ محل الحق من خـلال أعمال مادية يأتيها الحائز ابتداء أو انتقالا من الغير ، ويستبقيها – ولو كان مغتصبا للحق موضوعها – مع اقترانها بقصد استعمال هذا الحق محـددا على ضوء محتواه . ولاتعتبر الحيازة باجتماع عنصريها هذين ، وبالـنظر إلـى طبيعتها- حقا عينيا أو شخصيا ، ولا هى بحق أصلا ، ولكـنها تـنقل الحقـوق موضـوعها- وعند توافر شرائطها – إلى من يكسـبونها بأثـر رجعى يرتد إلى تاريخ بدئها . ولاتعتبر الحيازة بالتالى مجرد قرينة لايجوز دحضها على أن الحائز صار مالكا للشئ محلها بعد أن حـازه المـدة التى عينها المشرع ، ولكنها تتمحض سببا مباشرا لنقل ملكية الحق موضوعها . والحيازة بذلك تحيل الأوضاع الفعلية التى استقر أمرها بعد أن امتد زمنها من خلال التقادم ، إلى حقائق قانونية لاتتزعزع بها الملكية بعد اكتمال الحق فيها ، وإنما تخلص لحائز اتصل بها ، وظهر عليها أمدا ، مباشرا سلطاتها دون اعتراض من مالكها .

وكان منطقيا أن يقدم المشرع على مصلحته التى أهمل الدفاع عنها ورد مـن يناهضونها على أعقابهم، مصلحة حائز اطمأن الناس إلى الأوضاع الظاهـرة التى بسطها ، والتى يقدرون معها أن امتداد زمنها ، يقلبها إلى ملكية كاملة ، ولو كان مغتصبا للحق فيها .

وحيث إن الحماية التى أظل بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها مـن العـدوان ، لاتقتصر على الصور التى تظهر الملكية فيها بوصفها الأصل الذى تتفرع عنه الحقوق العينية الأصلية جميعها ، وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها دون تمييز بينها ، باعتبار أن المال حق ذو قيمة مالـية ، سواء كان هذا الحق شخصيا أو عينيا أو كان من حقوق الملكية الأدبـية أو الفنية أو الصناعية ، ذلك أن الحقوق العينية التى يكون العقار

محلها ، تعتبر مالا عقاريا . أما ما يقع منها على منقول ، وكذلك الحقوق الشخصـــية – أيا كان محلها – فإنها تعد مالا منقولا ، وإلى هذه الأموال كلهـــا ، تنبسط الحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية ، فلا تخلص لغير أصحابها .

وحيــث إن نظم الشهر على اختلافها – ما كان منها شخصيا أو عينيا – تفترض اشتقاق الحقوق التى تسجلها أو تقيدها فى صحائفها ، من أسبابها الــتى حددهـــا المشرع حصرا . تقديرا بأن أسبابها هذه هى التى تقيمها وفقـــا للقـــانون ، حـــتى ولو كان السجل عينيا ، وكان ما يقيد فى هذا الســجل، إمـــا أن يكـــون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا ، وكان كلاهما مصــــدرا للحقوق العينية يكسبها وفقا للشروط التى نص عليها القانون ، فإن استكمالها لشروطها هذه ، يظل مناط صحتها .

وما تنص عليه المادة ١٣ من قانون السجل العينى – والتى يتعلق حكمها بالقـــيد الأول – مـــن أن الحقـــوق التى يطلب أصحابها قيدها فى السجل اســـتنادا إلى وضع اليد لايجوز إثباتها إذا كان فى المحررات المشهرة ما يناقضها . يعتبر انفلاتا عن كل منطق .

ذلـــك أن الـــتقادم ، طويلا كان أم قصيرا – وعلى ما تقضى به المادتان ٩٦٨ و٩٦٩ مـــن القانون المدنى على التوالى – يعتبر سببا ناقلا للملكية من أصحابها . فإذا كان طويلا تمحض حيازة استطال زمنها مع اقترانها بقصـــد استعمال الحق موضوعها . فإن كان قصيرا ، فإن واقعة الحيازة يظل لها دورها ، وإنما ينبغى أن يدعمها حسن نية الحائز ، واقتران يده على الشئ محلها بما يكون سببا صحيحا وفقا للقانون . ويعتبر كذلك كل ســـند يصــــدر عـــن شخص ليس مالكا للشئ . والحيازة بالتالى تناقض بالضرورة حقوق ملكية قائمة مشهر سندها .

وحيث إن القول بأن قانون السجل العنيى ، يعتبر – بالنصوص التى تضمنها– ملغيا لأحكام القانون المدنى فى شأن الحيازة المكسبة للملكية ، مردود أولا : بأن الأصل فى النصوص القانونية ، هو أن تتحدد مضامينها على ضوء موضوعها، وبمراعاة مقاصدها ، وبما لايخرج عبارة تضمنها النص عن سياقها .

ولاشأن لقانون السجل العينى بمصادر الحقوق العينية الأصلية فى غير مجال إثباتها ، ومن ثم يبقيها ، ممحصا على ضوئها طبيعة الحقوق التى يراد إثباتها فى السجل ونطاقها ، متوخيا من رصدها وتحقيق مشروعيتها، أن يحل تدريجيا محل نظام يكون الشهر فيه شخصيا ، وليس للتسجيل بمقتضاه ، ما للقيد فى السجل العينى من أثر .

ومردود ثانيا : بأن تعلق قيد الحقوق العينية فى السجل العينيى بمجال إثباتها، هو ما تنص عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون هذا السجل ، وكذلك الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من هذا القانون اللتان تصرحان بأن شهر المحررات مرتبط بإثباتها فى السجل وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها فى القانون ، وأن مؤدى إثباتها فيه ، إسباغ قوة مطلقة على بياناتها ، فلا تنتزعزع صحتها .

ومردود ثالثا : بأن إلغاء النصوص القانونية – وعلى ما تقضى به المادة الثانية من القانون المدنى – إما أن يكون صريحا أو ضمنيا . وهو لا يكون ضمنيا إلا إذا أعاد المشرع تنظيم موضوعها بما يناقض النصوص التى كان قد قررها فى شأن هذا الموضوع .

ويفترض ذلك أن يكون التنظيمان القديم والجديد ، دائرين حول المسائل عينها ، وأنهما تعامدا بالتالى على محل واحد . ولا كذلك القانون المدنى

وقــانون السجل العينى ، ذلك أن أولهما لايتناول الحقوق العينية إلا على صعيد أسبابها التى تنشئها أو تنقلها، بعد استكمالها لعناصرها ، ولايتصور أن يكــون قانون السجل العينى- وباعتباره لاحقا للقانون المدنى - معدلا من روافد حقوق لايعنى بغير إثباتها .

وحيــث إن ما تنص عليه المادة ٣٨ من قانون السجل العينى - واستثناء مــن حكم المادة السابقة عليها - من جواز قيد الحقوق استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية ، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس ســنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها فى القرار الوزارى المشار إلــيه فى المادة الثانية من قانون الإصدار ، مؤداه أن الحيازة فى ذاتها ، لاتــناقض بالضرورة طبيعة السجل العينى، ولاتحول - بخصائصها ولا بآثارهــا - دون قــيد الحقوق الناشئة عنها ، وكان القيد وإن تناول أصلا الحقوق التى يكون سندها تصرفا قانونياً ، إلا أن النصوص التى تضمنها قانون السجل العينى ، لاتحول دون قيد الحقوق التى تكون الوفاة - وهى واقعة مادية - مصدرا لها .

وحيــث إن مؤدى نص المادة ٣٧ - المطعون فيه- حظر تملك الحقوق العينــية الأصــلية مــن خلال قيدها بالسجل العينى إذا كان التقادم سبب كســبها، وكانــت دســتورية النصوص القانونية تفترض ارتباطها عقلا بأهدافهــا بما يقيم علاقة منطقية بين الوسائل وغاياتها ، وكانت المذكرة الإيضاحية لهذا النص ، تراه دارئا لخطرين : أولهما ألا يفاجأ من يملكون الحقــوق العينية الأصلية المقيدة فى السجل، بآخرين ينازعونهم فيها من خــلال اغتصابها عن طريق الحيازة ثانيهما أن من يطلبون حقوقا عينية أصــلية يدعــون تملكها بالحيازة ، يطرحون موقفا يناهض القوة المطلقة

التى أثبتها السجل ، فلا يجوز قيدها ، وكان هذان الخطران متوهمين ذلك أن الحيازة لاتتمحض غصبا فى كل صورها وأحوالها ، وحتى وإن كانت كذلـك ، فإن الأوضاع العملية التى تستمد منها ، هى التى قلبها المشرع إلى حقائق قانونية يتم التعامل على أساسها ، فلا تكون أوضاعها الظاهرة إلا قريـن مشـروعيتها . كذلك فإن التأشير الهامشى ، يرد عن الحيازة المخاطـر الـتى يدعـى اتصالها بها ، وبمقتضاه لاتقيد الحقوق العينية الأصـلية التى تنقلها الحيازة فى السجل العينى ، إلا بعد التأشير بدعواها علـى هامش صحيفة السجل لوحدة العقارية المتعلقة بها ، وصدور حكم نهـائى بصحتها يرتد أثره إلى تاريخ هذا التأشير . فلا يكون التغيير فى السجل بناء على التملك بالتقادم ، إلا فى الحدود التى يقوم فيها الدليل عليه نقيا كاملا .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون فيه قد أخل بالحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية ، ويقيم فيما بين الحقوق العينية الأصلية تمييزا من جهة أسابها لايستند إلى أسس موضوعية تقتضيها طبيعة القيد فى السجل العينى، وكانت تنمية الدخل القومى وفقا لنص المادة ٢٣ من الدسـتور، لايكفلها من أهمل أعيانا يملكها ، أو تركها مواتا متخليا عنها وإنمـا يـرعاها مـن اتصـل بهذه الأعيان ، وبسط يده عليها لإحيائها واسـتثمارها ، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفا أحكام المواد ٢٣، ٣٢، ٣٤ ، ٤٠ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العيـنى الصادر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى من حظـر الـتملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل ، وبسقوط نص المـادة ٣٨ من هذا القانون ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

وقد جاء بأسباب حكمها :

" وحيث إن القوة المطلقة للقيود التى يثبتها السجل العينى فى صحائفه وفقا لأحكامه ، وإن كانت جوهر نظامه ، ولايتصور أن يوجد هذا السجل بدونها ، ولو كان هذا القيد قد تم خلافا للحقيقة، إلا أن شرط إجراء القيد – وعلى ما تنص عليه المادة الحادية عشرة من قانون السجل العينى – هو أن تكون الحقوق العينية التى يثبتها القيد فى صحائفه ، فقد أنشأتها أو قررتها أسباب كسبها ، تقدير بأن أسبابها هذه ، تمثل روافدها التى لايتصور أن يتجاهلها هذا السجل ، شأنها فى ذلك شأن مصادر الحقوق الشخصية . ولايجوز بالتالى أن ينفصل قيد الحقوق العينية عن أسبابها التى رتبها القانون المدنى ، وحصرها .

بل إن أسبابها هذه ، هى التى يكون الاستيثاق من صحتها سابقا على قيد الحقوق التى أنشأتها أو نقلتها ، فلا يكون من شأن السجل العنيى تحوير بنيانها ضمانا لتقيده بالأغراض التى رصد عليها ، ولأن القيد فى هذا السجل لايعتبر ركنا شكليا لاتكتمل بغيره عناصر وجود الحقوق المراد إثباتها فيه ، بل تظل لهذه الحقوق- حتى وإن لم تقيد – مقوماتها باعتبار أنها ترتد مباشرة إلى أسبابها التى أنتجتها ، وهو ما تؤكده الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العينى بما قررتاه من أن الأعمال القانونية التى

لاتقـــيد ، لاتـــزول بكــــامل آثارها ، وإن امتنع الاحتجاج بالحقوق العينـــية الأصلية التى أنشأتها أو نقلتها أو غيرتها أو أزالتها ، سواء فى العلاقة بين أطرافها أو على صعيد الأغيار عنها " .

ومفـــاد قضـــاء المحكمـــة الدستورية العليا أن القوة أو الحجية المطلقة لبيانات الملكية بالسجل العينى قد أنقصها ما ورد عليها من استثناء هو جواز تملك العقارات بالتقادم على خلاف البيانات الثابتة بالسجل .

(الطائفة الثانيــة)
تسجيل جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية

٢٦٨ـ النص القانونى :

المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى:

" جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لاتكون حجة على الغير " .

٢٦٩ـ المقصود بالتصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية :

المقصود بالتصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، التصرفات التى تستند إلى حقوق سبق أن نشأت وجاءت التصرفات المقررة مؤيدة أو مظهرة لها . فإذا أوصى شخص لآخر بعقار وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ثم جاء الوارث للموصى وحرر عقدا للموصى له يقر له فيه بملكيته للعقار كان هذا

العقد الأخير عقدا مقررا للملكية لأن ملكية العقارات قد انتقلت فعلا بمقتضى الوصية التى قبلها الموصى له بعد وفاة الموصى (١).

ولايندرج ضمن هذه التصرفات العقود الكاشفة فحسب ، بل أيضا التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد .

ولايمنع من وجوب تسجيل التصرف المقرر أن يكون التصرف الأصلى مسجلا ، لأن النص لم يفرق بين الحالتين ، وبالتالى يجب تسجيل العقود فى الحالتين(٢) .

---

(١) الأستاذ محمد خلف شرح قانون تنظيم الشهر العقارى من الناحيتين القانونية والعملية الطبعة الأولى ١٩٤٧ ص ٧٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٦٥ – وعكس ذلك عبد السلام ذهنى فى الأموال ١٩٢٦ ص ٩٠٩– ومحمد خلف ص ٧٥ وما بعدها ويستثنى من ذلك عقد أو حكم القسمة إذ يقول : " ومن رأى أنه فيما عدا حكم القسمة لاضرورة لتسجيل التصرف أو الحكم المقرر مادام التصرف أو الحكم يؤيدان حقا نشأ بمحرر مسجل ولم يأتيا بجديد وذلك للسبب الذى ذكره الأستاذ ذهنى بك ولأن المادة العاشرة رتبت على عدم تسجيل التصرف أو الحكم المقرر لحق من الحقوق العينية العقارية أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ، وهذا الجزاء لايمكن أن يقع فى حالة ما إذا كان المحرر الأصلى مسجلا لأن الحجية ضد الغير قد قامت بهذا التسجيل من قبل فلا خوف من عدم تسجيل التصرف أو الحكم المقرر مرة أخرى ، نعم أن القانون يوجب تسجيل هذه التصرفات ولكن هذا التسجيل هو لمصلحة الحق ومادام صاحب الحق لايستفيد من هذا التسجيل والجزاء الذى رتبه القانون لايؤثر على حقه فليس هناك ضرورة لإجراء هذا التسجيل " .

والتصرفات المقررة التى يجب شهرها هى :

١- عقد القسمة :

ذكـــرنا عند تناول القسمة ، أن القسمة كاشفة أو مقررة للحق، وليست ناقلة له .

ومـــع ذلك خصتها المادة العاشرة بالذكر بقولها : " ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كانت محلها أموالا موروثة .

ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة الـتعاقد علـــى القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة . وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التى تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك " [١].

ومفـــاد ذلـــك أنه إذا آل إلى الورثة تركة ضمنها أموالا عقارية شـــائعة، وأجـــرى الورثة قسمة هذه الأموال قسمة رضائية ، فإنه يجب تسجيلها طبقا لحكم المادة العاشرة .

وكانت المادة الثانية من قانونى التسجيل رقمى ١٨ ، ١٩ لسنة ١٩٢٣ تنص على ذلك أيضا .

---

(١) أضيفت هذه الفقرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦.

ويعــزى ذلــك إلى أن القسمة العقارية تعتبر مقررة للحق فى القانون المدنى الأهلى بناء على نص المادة ٤٥٧ التى تجرى على أن : " وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب الشركاء تعتبر كأنهــا كانت دائما ملكا له قبل القسمة ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال ".

أما القانون المدنى المختلط فقد نص فى المادة ٥٥٥ على أن : " قســمة المــال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل مالك لحصته الشائعة لمن وقعــت فى نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع " . فالقانون المخــتلط اعتــبر القسمة عقدا منشئا لا مقررا ، والقانون الفرنسى يــتفق مع القانون المدنى الأهلى، لهذا جنحت المحاكم المختلطة – بعد تردد – عن النص الصريح للمادة المذكورة ، واعتبرت القسمة مقررة أسوة بالقانون الأهلى والفرنسى.

ولــذا رأى المشــرع – مــنعا للبس – أن ينص صراحة على القســمة العقارية فى المادة الثانية من قانون التسجيل ، وفى المادة العاشــرة مــن قانون تنظيم الشهر العقارى ، بل نص فى القانون الجديــد على سريان حكم التصرفات والأحكام المقررة على القسمة العقاريــة " ولــو كــان محلها أموالا موروثة " ، فأضيفت عبارة "أمــوالا موروثــة " ، حســما لخلاف ثار بالنسبة لقسمة العقارات الموروثة .

وســـبب هذا الخلاف هو أن المادة ٦١٠/ ٧٣٦ قديم تنص على أن ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت فـــى حــق كل إنسان بثبوت الوارثة " . وهذه المادة لم يلغها قانونا التســـجيل رقمـــا ١٨، ١٩ لســـنة ١٩٢٣ فرأى البعض أن القسمة العقاريـــة إذا كان منشؤها الميراث تعتبر حقا متفرعا عنه ، وعلى ذلـــك فهى تثبت فى حق كل إنسان ، ولاتخضع لنص المادة الثانية من قانونى التسجيل إليهما [١].

وقـــد قضـــت محكمة النقض بتاريخ ١٩٣٥/٥/٣٠ فى الطعن رقـــم ٥ لســـنة ٥ ق بوجـــوب تسجيل القسمة العقارية مطلقا حتى تكون حجة على الغير إذ جرى قضاؤها على أن :

" ... علـــى أنه لايصح الأخذ بها إلا فيما كان من عقود قسمة الـــتركات صـــادرا قـــبل سنة ١٩٢٤، أما الصادر منها بعد السنة المذكـــورة فتسرى عليه أحكام قانون التسجيل الجديد المفيدة إيجاب تسجيل عقود القسمة العقارية مطلقا حتى تكون حجة على الغير " .

وغـــنى عـــن القـــول أن خفاء القسمة التى تكون محلها أموالا موروثـــة يعد نقصا بينا فى نظام الشهر لأن من يتعامل مع وارث لايكفيه أن يتأكد من صفته هذه ، بل يهمه أيضا أن يقف على حقيقة

---

(١) محمـــد خلـــف ص ٧٤ ، ص ٧٨ ومـــا بعدها – عمر أبو شادى شهر الحقوق العقارية ص ٣ .

مركــزه من التركة . ولاسبيل إلى ذلك إلا بشهر عقد القسمة ، وإلا ســهلنا للورثــة السبيل إلى خداع الغير وغشهم . فقد يقبل شخص علــى شراء حصة شائعة أو رهنها من وارث يدعى عدم حصول القسمة بعد . فإذا هم هذا الشخص بالاستفادة من عقده ، فما يسر أن يفاجــأ بعقــد قسمة خفى قد يكون من شأنه تجريد هذا الوارث من نصــيبه فى عقارات التركة كلها بإعطائه معدلا للقسمة ، أو جانبا مــن منقولات التركة . فإذا قلنا بعدم خضوع القسمة للتسجيل لراح مثل هذا الشخص ضحية حسن نيته ، إذ لا يمكن نسبة الإهمال إليه وقد خفيت القسمة عليه ، وأنكر الوارث وجودها ، ولم يكن له سبيل إلى العلم بها . فتفاديا لمثل هذا الوضع الشاذ حرص المشرع على ألا يــترك فــى هذا السياق سبيلا إلى الخلاف بأن صرح بوجوب تسجيل القسمة العقارية مطلقا ، حتى يكون فى وسع الغير أن يحتج بعــدم التســجيل توطئه لإجراء قسمة جديدة يكفل له اشتراكه فيها رعاية مصالحة وصيانة حقوقه[1] .

٢- الصلح :

الصــلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محــتملا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٣ .

ادعائـــه (مادة ٥٤٩ مدنى) . والصلح عقد كاشف للملكية لامنشئا لها .

فإذا كان موضوع الصلح يتضمن حقا عينيا عقاريا فإنه يخضع للشهر بطريق التسجيل فإذا فرضنا أن شخصين تنازعا على ملكية عقـــار ثم قررا إنهاء النزاع بينهما صلحا ، فإن هذا الصلح يخضع للشهر طبقا للمادة العاشرة (١).

فـــإذا كان النزاع على دار وأرض وتصالح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر، وجب تسجيل عقد الصلح فى مكتـــب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الدار ، وكذلك فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الأرض .

على أنه يحدث أحيانا أن يتضمن الصلح تصرفا إنشائيا فيخضع حينـــئذ لحكـــم المـــادة التاسعة التى تجعل من الشهر شرطا أساسيا لنشـــوء الحـــق حـــتى فيما بين المتعاقدين. فإذا ترك شخص ادعاء الاســـتحقاق فى تركة فى مقابل أن يقدم له الوارث الذى يستفيد من ذلـــك عقـــارا مملوكـــالـــه ، فإننا نصبح بالنسبة لهذا العقار بصدد

---

(٢) الدكتور محمود شوقى الشهر العقارى علما وعملا – إعداد فتحى جابر العقـــيلى ١٩٩٠ ص ٢٦ – الأســـتاذ عمـــر أبـــو شادى شهر الحقوق العقارية طبعة ١٩٤٧ ص ٢٣.

تصـــرف نـــاقل للملك يخضع فى تسجيله لأحكام المادة التاسعة لا العاشرة .

ولاشك أن للغير مصلحة جدية فى العلم بالصلح ، وليس له إلى ذلك من سبيل إلا بالتسجيل . فإذا فرضنا أن (أ، ب) يتنازعان على ملكـية عقـــار وكان (أ) هو حائز هذا العقار الظاهر عليه بمظهر المـــالك وقـــت نشوب النزاع . فإن من شأن هذا المظهر أن يخدع الغـــير ويغريهم بالتعامل معه. فإذا تصالحا على أن يتخلى (أ) عن الملكـــية فى مقابل مبلغ من المال ، فمن شأن هذا الصلح أن تزول عـــنه الملكية بأثر رجعى ، ويزول معها حقه فى التصرف فى هذا العقـــار . فإذا لم يكن مثل هذا العقد واجب التسجيل، لمهدنا له بذلك ســـبيل التغرير بالغير استنادا إلى مظهره السابق. فيجب إذن إعلام الكافة بزوال ملكية هذا المالك الظاهر ليتحرزوا من التعامل معه ، ولا سبيل إلى ذلك إلا باشتراط تسجيل الصلح [(١)].

٣- الإقرار للغير بملكية عقار :

الإقـــرار للغير بملكية عقار يكون تارة تصرفا كاشفا ، إذا كان إخبارا بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها فيخضع تسجيله لحكم المادة العاشرة .

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٤ .

وتارة يكون الإقرار تصرفا منشئا ، فإذا أقر المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص فإن هذا الإقرار يكون ليس إلا تصرفا كاشفا للملكية لا منشئا لها .

وإذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع ، وأراد المشترى أن يتصرف فى العقار بالبيع مثلا ، فطولب بسند ملكيته فوجد أنه بسند غير مسجل وأن البائع لايزال مالكا للعقار ، جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشترى عند البيع الصادر من هذا الأخير مقرين بملكية المشترى للعقار . ويعتبر الإقرار بالملك فى هذه الحالة ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد مخفيا لتصرف بالبيع صادر من البائع أو وورثته للمشترى ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة التاسعة[١] .

والإجازة إذا كانت تنصب على ذات الحق موضوع العقد ، كإجازة الموكل لتصرف عقده الوكيل خارجا عن حدود وكالته ، أو إجازة رب العمل لتصرف الفضولى . فالأصل أن مثل هذه التصرفات لاتسرى فى حق الأصيل ما لم يجزها ، فإذا أجازها انصرفت إليه آثارها من تاريخ العقد لا من تاريخ الإجازة . وعلى

---

(١) السنهورى جـ ٩ ص ٥١٤ .

هــذا النحو تكون الإجازة فى هذين الفرضين مقررة للحقوق الثابتة بـــالعقود التى أجازتها ، فيجب إذن تسجيل ما به تكون الإجازة من المحـــررات وفقـــا لحكم المادة العاشرة . والإجازة التى تحقق عفو المجـــيز عما يعيب به العقد فهى تلحق العقود الباطلة بطلانا نسبيا لتطهرها من البطلان . وذلك كإجازة القاصر بعد بلوغ سن الرشد وإجـــازة من له حق الطعن بالغلط والغش والإكراه . فهى تصرف مـــن جانـــب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من المتعاقد من التمسك بحقه فى إبطال العقد ، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة . ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة (١).

---

(١) الســنهورى ص ٥١٥ – حــامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشـــائية مجلـــة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ – ٦٣ – وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٣٣٥ وما بعدها فيرى أن هذا النوع من الإجازة لايتصل بالحق موضوع العقد ، فمن المقرر فى فقه القانون أن العقد الباطل بطلانا نسبيا ينتج كل الآثار القانونية التى كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا ، فيقتصر أثر الإجازة إذن على مجرد إزالة العيب اللاحـــق به . وبعبارة أدق إن الإجازة هنا تحمل معنى تنازل من تقرر الـــبطلان لصالحه من مكنة التمسك بهذا البطلان . وتلك مكنة لختيارية تســـقط بـــترك المطالـــبة بالإبطال المدة القانونية ، كما تسقط بصريح التـــنازل والـــترك . ولذلك لاتعتبر عند حصولها من قبيل التصرفات

وتــرك الحق فى التقادم تصرف صادر من جانب واحد ، هو فــى حقيقته نزول من الخصم عن حقه فى التمسك بالتقادم فإذا حاز شــخص عقــارا المدة الواجبة للتملك بالتقادم ، فإنه لايملك العقار بالــتقادم إلا إذا تمسك به . فإذ نزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فــإن العقــار يبقى على ملك مالكه الأصلى ، وسبب الملك هنا هو السبب الأصلى الذى تملك به هذا المالك .

أمــا الــنزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحــد وقــد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصلى للعقار لايــزال مالكــالــه . ومن ثم يجب تسجيله عملا بالمادة العاشرة ، ويترتــب على عدم تسجيله أنه إذا تمت مدة التقادم المكسب لملكية العقــار ونــزل الحائز عن التمسك بالتقادم ثم باعه باعتباره مالكا بالــتقادم لشــخص آخر ، جاز للمشترى أن يتمسك بالتقادم الذى تم

الإنشــائية إذ ليس من أثرها إنشاء الحق لنشوئه فعلا بمقتضى العقد ، ولا مــن قبــيل التصرفات الإقرارية لأنها لاتتصل بذات الحق المقرر بــالعقد ، بل بالعيب اللاحق به . ومن ثم لاتحتاج إلى تسجيل ومع ذلك فقد يكون من المفيد لمن صدرت مثل هذه الإجازة لصالحه أن يعمد إلى التأشــير بموجبها على هامش العقد المشوب بالعيب تصحيحا لمركزه نهائيا .

لمصـــلحة البائع له (م٩٧٣/٣٨٧) ولا يحتج عليه بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التى اشـــتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخـــاص- فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقررا للملكية لا منشئا

---

(١) الســـنهورى ص ٥١٦ – حامد فهمى البحث السالف الذكر- وعكس ذلك محمـــد على عرفه ص ٣٣٦ وما بعدها فهو يرى أن مثل هذا التصرف لايلزم تسجيله للورثة لكونه لايمس أصل الحق موضوع الحيازة ، ولكنه ينصرف إلى التنازل عن الاستفادة من قرينة بسيطة أقامها المشرع لمن تـــم الـــتقادم لصـــالحه. فمن المقرر فى فقه القانون أن اكتساب الملكية بالتقادم لايقع حتما بقوة القانون بمجرد استكمال المدة ، بل يشترط لذلك التمســـك بالتقادم . وهو أمر متروك لمشيئة من تم التقادم لصالحه . فإن هو آثر أن يتنازل عن التقادم سواء قبل الخصومة أو أثناءها قبل صدور الحكم النهائى ، فإنه لا يكون بهذا التنازل قد نفى الملك عن نفسه، وأثبته لخصـــمه ، إذ أن الملك لم يثبت له بعد حتى ينفيه عن نفسه ، ولم ينتف فـــى نفس الوقت عن خصمه حتى يثبته له . بل كل ما ترتب على هذا التنازل هو ترك حقه فى مباشرة مكنة اختيارية أباحها له القانون ، وهى التمسك بالتقادم الذى بدونه لاتثبت له الملكية . وقد يقع هذا التنازل ضمنا فلا يسجل ، فليس ثمة ما يوجب تسجيله عند التصريح به .

لهـــا ويكـــون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ " .

(طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢)

٢- " لم تكن الوصية واجبة التسجيل طبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ وإجازتهـــا لايجب تسجيلها كذلك لأن إجازة الوصية – على مـــا قرره فقهاء الحنفية – وإن كانت بالنسبة للوارث تبرعا إلا أن التمليك لايعتبر منه بل يعتبر من الموصى وذلك سيرا على أصلهم المقـــرر عندهم الثابت وهو أن الوصية للوارث مطلقا ولغير وارث فـــيما زاد علـــى الثلـــث تصح ولاتقع باطلة بل يتوقف نفاذها على إجـــازة الورثـــة فليست الإجازة إذن منشئة للحق حتى يسند التمليك إلـــى الوارث . وعلى ذلك فإذا كان الإقرار الوارد بعقد صلح أبرم بيـــن الورثـــة إنما هو إجازة من الإبن لوصية صادرة من المورث للـــزوجة والبنت فى حدود ثلث التركة لكل منهما فهو إقرار مقرر صـــادر من الإبن لهما ولايلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن هذا الإقـــرار ، ولايجـــوز تحصـــيل رسم عليه عند تسجيل عقد قسمة عقـــارات الـــتركة الـــذى حرر على أساسه باعتبار أنه من العقود الواجـــبة التســـجيل طـــبقا للقـــانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ والقرار الوزارى الصادر فى ٢٦ من مايو سنة ١٩٢٦ " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٧)

٣- " إذا كــان الحكــم المطعون فيه قد اعتبر الإقرار تصرفا مقررا للملكية وليس منشئا لها ، أى أنه إخبار بملكية سابقة ليس هو سـندها بـل دليلها ، فإن هذا التصرف الإقرارى يكون حجة على المقـر دون حاجة إلى تسجيل وفقا لحكم المادة العاشرة من القانون رقـم ١١٤ لسـنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى وهو ذات حكم قـانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الذى وإن كان قد سوى بين التصـرفات المنشـئة للملكـية وغيرها من الحقوق العينية ، وبين التصرفات المقررة لها من حيث وجوب تسجيلها ، إلا أنه فرق بين النوعيـن فى أثر عدم التسجيل فرتب على التصرفات الإنشائية أن الحقوق التى يقصد إلى إنشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لاتنشأ ولا تنـتقل ولاتتغير ولاتزول بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل ، بخلاف التصرفات المقررة لهذه الحقوق فإنه رتب على عـدم تسـجيلها أنهـا لا تكون حجة على الغير ، مما مفاده جواز الاحـتجاج بهـا بين المتعاقدين بغير حاجة إلى تسجيل ، ولما كان المشـترى مـن المطعون عليها العاشرة والحادية عشرة يعتبر من الغير بالنسبة للإقرار العرفى الصادر منهما للبائعين للطاعن ، لأنه ثبـت لهـذا المشترى على العقار الذى اشتراه حق عينى مصدره تصرف قانونى يخضع للشهر وتم تسجيله بالفعل، فإن ذلك الإقرار لايصح أن يتعدى أثره إلى هذا المشترى ، وإذ كان الحكم المطعون

فيه قد نفى صورية عقد شراء المذكور، فإن ذلك الحكم لا يكون قد خـــالف القـــانون حين فرق بين الأثر المترتب على الإقرار العرفى فيما بين المقرين والمقر لهما من جواز الاحتجاج به بينهم حتى ولو لـــم يسجل . وبين أثره بالنسبة للغير فقضى بعدم تجاوز هذا الأثر إليه لأنه إقرار بملكية عقار لم يشهر عنه " .

(طعن رقم ٦٥١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/١/١١)

٢٧٠ ـ المقصود بالأحكام المقررة :

رأينا أن المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى توجب تســـجيل " الأحكـــام النهائـــية المقـــررة لحق من الحقوق العينية الأصلية".

وتشمل هذه الأحكام :

١- الأحكـــام الصـــادرة بصـــحة أحد التصرفات المقررة التى تناولـــناها فـــيما تقدم . ومثال ذلك الحكم الصادر بصحة التعاقد فى القسمة والصلح الواقعين على عقار .

ومـــع ذلـــك خص قانون تنظيم الشهر العقارى " دعاوى صحة الـــتعاقد" بالذكر فى المادة ٢/١٥ منه ضمن الدعاوى واجبة الشهر وكذلك الأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى بموجب المادة ١٦ منه .

٢- الحكـــم الصـــادر فى القسمة القضائية ، باعتبار هذا الحكم كاشفا عن حقوق المتقاسمين .

٣- الحكـم الصـادر برسو المزاد على أحد الشركاء فى المال الشـائع، إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ، لأن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لابيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها .

٤- الحكم الصادر بإيقاع بيع العقار المرهون على حائزه ، ذلك أن الحائـز يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها .

٥- الحكـم الاتفـاقى ، وهـو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفـاق على تعديل طلبات المدعى ، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات . فالحكم إذن نتيجة صـلح بيـن الخصمين واتفاق ، ولذلك سمى بالحكم الاتفاقى . فإذا كان محل الحكم عقارا ، كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية ووجب تسجيله طبقا للمادة العاشرة [١].

ولايدخـل فى نطاق الأحكام الكاشفة الحكم الصادر فى دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن . وإنما يدخل ضمن الأحكام الصادرة فـى دعـاوى الغـرض منها الطعن فى تصرف هو عقد القسمة ، فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة ١/١٥ من القانون .

ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة ١٦ منه [٢].

---

(١) السنهورى الجزء التاسع ص ٥١٧ .

(٢) السنهورى ص ٥١٨ .

٢٧١ ـ آثار عدم تسجيل التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية :

تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن :

" جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ".

فالتصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية تكون حجة على طرفيها ولو لم تسجل . أما إذا لم تسجل فلا تكون حجة على الغير .

ويشترط فى الغير الذى لايحاج بهذه التصرفات والأحكام ما يأتى :

١- أن تكون له حقوق على العقار . والأصل أن تكون هذه الحقوق عينية .

ولايهم إن كانت هذه الحقوق ناشئة عن عقد ، كما هى الحالة الغالبة ، أو عن غير عقد كحق الاختصاص .

٢- أن يكون حق الغير على العقار خاضعا للشهر (التسجيل أو القيد).

٣- أن يكـــون الغـــير قد سجل سنده بالفعل أو قيده على حسب الأحوال[١].

وبالترتيـــب علـــى مـــا تقدم فإنه فى حالة القسمة غير المسجلة لايحـــتج بهـــا على كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لايزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون ، وذلك كمن اشترى قبل القسمة مـــن أحـــد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البـــيع . فإذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصـــته شـــائعة فى العقار المقسوم، وسجل المشترى البيع قبل أن تســـجل القسمة ، لم يجز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تســـجل قـــبل تســـجيل البيع . ويكون للمشترى طلب الحكم بتثبيت ملكيـــته للحصة الشائعة المبيعة ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذ لايزال العقار شائعا فى حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه. أمـــا المشترى لجزء مفرز قبل القسمة ، فلا يعتبر من الغير لأنه لم يثبت له حق عينى على العقار الشائع قبل قسمته [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ترتـــب المـــادة الثانـــية من القانونين رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ والـــتى تقـــابل المـــادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠ .

(٢) السنهورى ص ٥٢١ وما بعدها .

١٩٤٦ على عدم تسجيل الأحكام النهائية المقررة لحقوق الطرفين ، أنهـــا لا تكـــون حجة على الغير، مما يفيد جواز الاحتجاج بها بين الطرفين بلا حاجة إلى التسجيل . فالمشترى الذى كان قد رسا عليه المـــزاد ثـــم قضى ببطلان حكم مرسى المزاد يعتبر كأنه لم يملك العقار مطلقا فتزول عنه الملكية لتعود إلى البائع الأصلى للعقار ولو لـــم يسجل حكم البطلان وذلك مع مراعاة الحقوق العينية التى تكون قد ترتبت للغير قبل صدور الحكم إذا كان هذا الغير قد سجل عقده وحفـــظ حقـــه . ويعد حكم البطلان الصادر على مورث الطاعنين حجة على هؤلاء باعتبارهم خلفا للمورث فى تركته " .

(طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧)

٢٧٢ـ اشتراط التسجيل لمصلحة الغير :

التســـجيل هـــنا مشترط لحماية الغير ، فلا يجوز التمسك بعدم التسجيل ضده . فإذا رأى الغير من مصلحته أن يتمسك بعقد قسمة غير مسجل ، فلا يقبل من أى من الشركاء أن يتمسك فى مواجهته بعدم تسجيل هذا العقد.

فإذا عقد الشركاء على الشيوع عقدا عرفيا بقسمة المال المشاع، ونفـــذوه بـــأن وضع كل منهم يده على نصيبه المفرز الذى وقع له بموجـــب هـــذا العقد ، امتنع عليهم بعد ذلك الاحتجاج فى مواجهة الغـــير بعدم نفاذ هذه القسمة لعدم تسجيلها . فإذا أراد الغير مثلا أن

يتمسكَ بالقسمة غير المسجلة ليدفع عن ملكه طلب الشفعة من جانب أحـــد المقتسمين بوصفه شريكا على الشيوع ، فلا يقبل من الشريك المتقاسم إهدار هذا الدفع من جانب الغير بحجة عدم تسجيل القسمة.

فقد شرع التسجيل لمصلحة الغير صونا لحقوقه ، فعدم حصوله لايجلب منفعة لمن لم يقم به ، ومن ثم لاينبنى عليه الإضرار بالغير باستبقاء حق يزول بمجرد حصول القسمة [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن عدم تسجيل عقد القسمة لايمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصـــول القســـمة وخـــروج أحـــد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واســـتقلاله بجـــزء من العقار وفقدانه تبعا لذلك حق طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم ، فعدم حصوله لايصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به".

(طعن رقم ٣٤ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/١/٢٩)

٢٧٣ ـ قضاء النقض فى أثر تسجيل القسمة أو عدمه بالنسبة للغير :

لما كان عقد القسمة العرفى أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه من أبـــرز الأمـــثلة على التصرفات والأحكام المقررة فإننا نورد قضاء

---

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٤ .

محكمة النقض فى أثر تسجيل عقد القسمة أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه بالنسبة للغير.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للاحتجاج به فيما بين المتعاقدين أو طرفى الخصومة فى دعوى القسمة وإن كان واجبا بالنسبة للغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصى فإن هذا الذى قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٣)

٢- " الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لايعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة. إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وفقا لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا

الجــزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه مــن وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القســمة ، ممــا مفــاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتــب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كــل متقاســم مالكــا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القســمة. ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصــيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنســبة إلى ذلك الجزء طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجــة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة " .

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٢)

٢- " الغــير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هــو مــن تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا علــى الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ، وأما من تلقى من أحــد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة، وذلــك لمــا هــو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن

التصرف إذا انصب على جزء من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها علي من اشتري جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع ، اعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلي النصيب الذي اختص به البائع بموجب تلك القسمة " .

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ ق – جلسة ٣٠ /١ / ١٩٧٥)

٣ – " الغير في حكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ في شأن تنظيم الشهر العقاري – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – هو من تلقي حقا عينيا علي العقار علي أساس أنه مازال مملوكا علي الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلي تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، ومن ثم فإن القسمة

غـير المســجلة يحـتج بها علي من اشتري جزءا مفرزا من أحد المتقاســمين ويترتــب علــيها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشــيوع واعتــبار كــل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بمقتضي القسمة " .

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق – جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٨٠)

٤ – " مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تســجيلها يعتبر المتقاسم فيها بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقــار المقسم وأنه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا ســجلت القسمة ، وأن الغير فى حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقــا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقــام بتســجيله قــبل تســجيل سند القسمة ، أما من تلقى من أحد الشــركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قــبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وذلــك لمــا هــو مقرر بالمادة ٨٢٦/٢ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجــزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه

من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جـزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب علـيها فـى شـأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٩)

٥- " الغـير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هـو مـن تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا علـى الشيوع وقام بتسجيله ، قبل تسجيل سند القسمة، فالمشترى لحصـة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، إذا سجل عقده قبل تسـجيل عقـد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لايحتج عليه بهذه القسـمة . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجـرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة ، إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها " .

(طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨)

٦- " قضاء هذه المحكمة قد جرى بأن تسجيل القسمة غير لازم فـى العلاقـة بيـن المتقاسـمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقـارى، وذلـك علـى خـلاف الغير الذى لايحتج عليه بها إلا بالتسـجيل وأنـه فى هذا الصدد يعد غيرا من تلقى حقا عينيا على

العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ولايعتبر المستأجر لقدر من عقار شائع من ثم غيرا لأنه صاحب حق شخصى " .

(طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧)

٧- " الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى . ماهيته. عدم اعتبار من تلقى حقا مفرزا من أحد الشركاء غيرا ولو سـجل حقـه قبل تسجيل القسمة . أثره . ليس له أن يطلب الحكم بتثبيـت ملكيته بالنسبة للجزء المفرز الذى اشتراه طالما أنه لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ولو لم تسجل " .

(طعـن رقـم ٣١٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ - غير منشور)

(الطائفة الثالثة)
الدعاوى الواجب تسجيلها أو التأشير بها في هامش سجل المحررات واجبة الشهر

٢٧٤ ـ النص القانوني :

المادة ١٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ :

" يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى .

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة ".

٢٧٥ ـ التأشير والتسجيل المنصوص عليه بالمادة :

أوجبت المادة التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في

التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع.

أما إذا كان المحرر الأصلى الوارد به التصرف لم يشهر بعد ، فإنه لا يكون ثمة مجال للتأشير بداهة ، ويجب تسجيل هذه الدعاوى.

كما أوجب النص التأشير بدعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية على المحرر الثابت به هذا الحق إذا كان قد سجل ، فإذا لم يكن هذا المحرر قد سجل فإنه يجب تسجيل هذه الدعوى .

وأوجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية.

ونعرض لذلك بالتفصيل على النحو التالى .

٢٧٦ ـ التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من دعاوى أو تسجيل الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر:

المقصود بالمحررات واجبة الشهر التى يجب التأشير فى هامش تسجيلها بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر ، هى المحررات المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى ، وهى المحررات المتعلقة بجميع التصرفات

التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله .

وكذلك المحررات التى تتضمن التصرفات المنصوص عليها فى المادة العاشرة من القانون وهى التصرفات المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية .

و يشمل النص كذلك الأحكام الواجب تسجيلها طبقا للمادتين ١/٩، ١٠ سالفتى الذكر ، وإن كانت المادة (١٥) لم تذكر صراحة الأحكام . فلا يمكن أن يؤخذ من عدم ذكرها ، أن الشارع أراد قصر النص على السندات دون الأحكام ، فنص المادة عام ، إذ أنه يذكر المحررات واجبة التسجيل ، وقد ذكرنا سلفا أنه يجوز الحصول على حكم يحل محل المحرر لتسجيله بدلا من المحرر[1].

والدعاوى التى يجب التأشير بها أو تسجيلها هى الدعاوى التى يكون الغرض منها :

الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع .

فالدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان :

١- دعوى تنكر وجود التصرف منذ البداية ، وهذه هى دعاوى الطعن ببطلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق كانعدام

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨١ .

الأهلـــية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب ، ودعاوى الطعــن بصورية التصرف ، ويستوى أن يكون رافع الدعوى أحد المتعاقدين أم أحد دائنيه أم ذو مصلحة فى رفعها ، ولذلك يدخل فى مدلول هذه الصيغة دعاوى عدم نفاذ التصرف التى يطلق عليها اسم الدعاوى البوليصية ، لأن هذه الدعوى يراد بها جعل التصرف غير نــافذ فـــى حق الدائنين من وقت صدوره لا من وقت رفع الدعوى فحسب [١].

٢- دعـــاوى لاتنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلغائه ، مثل دعاوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لـــم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ودعاوى الانفساخ إذا كان العقــد قــد انفســخ من تلقاء نفسه لشرط فى العقد يقضى بذلك أو لاســتحالة تنفــيذه بسبب أجنبى ، ودعاوى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول وعدم وجود مانع من موانع الرجوع .

والمادة (١٥) تقابل المادة (٧) من قانون التسجيل بعد أن أدخل عليها المشرع من التعديلات ما تلافى به أوجه النقص التى أظهرها التطبــيق العملى . من ذلك أنه وضع صيغة جامعة لدعاوى الطعن فى التصرفات ، فاشترط شهر جميع الدعاوى التى يقصد بها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا سواء

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٢٢ .

كـــان رافع الدعوى أحد المتعاقدين أم أحد دائنيه أم ذو مصلحة فى رفعهـــا ، ولذلـــك يدخـــل فى مدلول هذه الصيغة دعاوى عدم نفاذ التصـــرفات الـــتى يطلق عليها اسم الدعاوى البوليصية كما ذكرنا سلفا.

كمـــا استبدل المشرع عبارة " الواجبة الشهر" بعبارة " الواجبة التســـجيل" الـــواردة في المادة السابعة من قانون التسجيل ، وبذلك جعل النص الجديد شاملا أيضا لدعاوى الطعن فى المحررات التى تشهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن .

و الحكمة من التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر، أو تســـجيل الدعوى ، إذا كان المحرر الأصلى لم يشهر ، أن الأثر المترتـــب على الأحكام التى تصدر فى هذه الدعاوى ، يرجع أصلا إلى تاريخ رفع الدعوى ، فقصد المشرع إعلام الغير بهذه الدعاوى، إذ قد يتعاقدون بشأن العقارات المرفوعة من أجلها الدعاوى ، حتى يكونـــوا على بينة من جواز تغيير أو زوال حقوق من تعاقدوا معهم فـــى نهاية الأمر . ومن شأن ذلك أيضا تمكين المدعى من التمسك بـــالحكم الـــذى يصدر فيما بعد بناء على طلبه ضد كل من آل إليه الحق من المدعى عليه [١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٧٩ وما بعدها .

٢٧٧ ـ دعاوى الاستحقاق :

أوجبت الفقرة الثانية من المادة (١٥) تسجيل **دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال** ، وذلك أسوة بشهر دعاوى الطعن فى التصرف أو التأشير بها المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة .

و لايقصد بدعوى الاستحقاق دعوى الاستحقاق التى يرفعها مالك العقار على واضع اليد لاسترداد عقاره ، فيشترط الشارع تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل ما قررته المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى من أن حق المدعى لايكون حجة على الغير كالمشترى من واضع اليد الذى كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل الدعوى . فهذه النتيجة لايمكن الأخذ بها ، لأنه يستحيل تصور أن المشرع قصد تقرير مثل هذا الحكم الذى يؤدى العمل به إلى اعتبار بيع ملك الغير صحيحا ونافذا فى مواجهة المالك الحقيقى . ولذا يكون المقصود من دعاوى الاستحقاق المذكورة فى المادة (١٥) كل دعوى أخرى يكون غرض رافعها ثبوت أى حق من الحقوق العينية له أو لعقاره أو نفيه أو إزالته عن المدعى عليه ، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشترى ، لأن المقصود بها استحقاق مدعيها للعقار الذى لم يخرج قط من ملكه .

فدعـــوى الاســـتحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجـــب تســـجيل صحيفتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الـــذى قـــام بـــه الوارث الظاهر . فإذا باع الوارث الظاهر العقـــار لمشـــتر حسن النية وسجل المشترى عقد شرائه قبل شهر صـــحيفة دعـــوى الاســـتحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق فى حق المشترى (١).

كمـــا تشمل دعوى الاستحقاق ، دعوى استحقاق أى حق عينى آخـــر غير الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، ودعوى إنكار الحق العينى ، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق .

٢٧٨ ـ دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية :

تنص المادة ١/١٥، ٢ من قانـــون تنظيم الشهر العقـــارى على أن :

" يجـــب التأشـــير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ... فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى .

و يجـــب كذلـــك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية " .

---

(١) أنور سلطان ص ١٩٨ – السنهورى ص ٥٣٧ .

وواضـــح من النص أن دعوى صحة التعاقد يكون شهرها دائما بطــريق التســجيل إذ ميز النص بينها وبين الدعاوى الأخرى التى ذكــرها ، فلا يصح التأشير بها فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر .

والســبب فـــى هـــذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تســجيلها ، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هـــذه الحقوق قد سجلت ، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل .

أما دعاوى صحة التعاقد فتنصب ، لا على تعديل حقوق سابقة، بـــل علـــى تصـــرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد ، فيجب تسجيلها استقلالا .

و لـــم تتعرض المادة (٧) من قانـــون التسجيل الصادر سنة ١٩٢٣ لهذه الدعوى، ولكن العمل ابتدعها خاصة فى عقد البيع .

و قـــد ذهبت محكمة النقض فى اجتهاد لها إلى أن هذه الدعاوى من دعاوى الاستحقاق مآلا ، ومن ثم يجب تسجيلها .

إذ قضت بـأن :

" إن دعـــوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هى التى مـــن دعـــاوى الاستحقاق المنصوص عليها فى المادة السابعة من

قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرافعها حقوقه حتى إذا حكم له فيها بعد ذلك بطلباته وتأشر بهذا الحكم وفقا للقانون فإن الحكم ينسحب أثره إلى يوم تسجيل الصحيفة ، ويكون هذا التسجيل مفضـــلا على كل تسجيل لا حق له . أما دعوى صحة التوقيع فلا تعـــدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من يكون بيده ســند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لايستطيع بعد الحكم فيها بصـــحة توقـــيعه أن يـــنازع فى التوقيع . وهى بهذا الغرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها ممتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته . فـــالحكم الصـــادر فيها لاينصب إلا على التوقيع فقط ، ولذلك فهى لاتدخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر .

والمـــناط فـــى تكيـــيف الدعـــوى هـــل هى تدخل فى دعاوى الاســـتحقاق مـــآلا أم هى إجراء تحفظى بحت هو بجوهر المنازعة القائمـــة بين الطرفين بناء على حقيقة تشخيص غرض المدعى من دعواه .

فـــإذا كانـــت الدعوى التى رفعها المشترى وسجل صحيفتها قد أثبـــت رافعهـــا فى صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفى أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد

المشــترى الثانى ، وفصلت المحكمة فى الدعوى بأن فاضلت بين هذين التسجيلين ، وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كــان يرمى إليه المشترى الثانى من تدخله فى الدعوى - إذا كان ذلــك فــإن جــريان الحكــم فــى منطوقه بالقضاء بصحة التوقيع لايــتعارض مــع اعتــبار الدعــوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه فى الظروف والملابسات التى صدر فيها تدل على أن الغرض الحقيقى مــن الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد ، وما جرى به المــنطوق علــى تلــك الصورة لايمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة إذ العبرة هى بما رمى إليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/١٠/٢٩)

وهذه الدعوى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التى لايتعرض فــيها القاضــى لذات التصرف موضوع السند من جهة صحته أو بطلانــه أو نفــاذه أو توقفــه ، بل يتصب الحكم الصادر فيها على التوقيع فقط .

ورغــم ذلــك جــرى العمل على شهر دعاوى صحة التوقيع والأحكام التى تصدر فيها كذلك، وقد ساند هذا العمل قضاء لمحكمة الــنقض بتاريخ ١٩٤٤/٤/٦ فى الطعن رقم ٨١ لسنة ١٣ ق **ذهبت فيه إلى أن :**

"إنه وإن تكن دعوى صحة التوقيع لايتعرض فيها القاضى لذات التصرف موضوع الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذ أو توقفه وتقريـــر الحقوق المترتبة عليه ، ولاينصب الحكم الصادر فيها إلا علىالتوقيع فقط ، إلا أن تسجيل الحكم الصادر بصحة توقيع البائع على عقد بيع عرفى ينقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى المحكوم لـــه بصـــحة التوقيع ويجعله هو المالك فى حق كل أحد . فإن كان الـــبائع ، الـــذى صدر الحكم بصحة توقيعه وأثبت عليه أنه لم يدفع دعـــوى صـــحة التوقيع بأى دفع ، يطعن على العقد بأنه قد حصل العدول عنه بعد صدوره فيجب عليه ، لكى يكون هذا العدول حجة علـــى مـــن ترتبت لهم حقوق عينية على المبيع ، أن يرفع – طبقا للمـــادة ٧ من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣- دعوى بالفسخ ويسجلها أو يؤشر بها على هامش تسجيل الحكم لصحة التوقيع، فإن هو فرط ولم يفعل وكان المحكوم له قد سجل الحكم الصادر بصحة التوقيع ، ثم تصرف هذا المحكوم له فى المبيع وسجل المشترى منه عقـــده ، فإن التسجيل ينقل الملكية إلى هذا المشترى فى حق البائع الأول المحكـــوم علـــيه بصحة توقيعه هو كذلك . وهذا حتى على فـــرض سوء نية المشترى الأخير، لأن حالته هى كحالة المشترى الثانى الذى اشترى وسجل عقده وهو يعلم بسبق تصرف البائع فى العقـــار بعقـــد لم يسجل . وحالة ذلك الشخص هى كحالة المشترى الأول صاحب العقد غير المسجل والحكم فى كلتا الحالتين يجب أن

يكـــون واحـــدا وهـــو أنه لايحتج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بالتسجيل بدعوى سوء النية – تلك الدعوى الـــتى جـــاء قانون التسجيل المذكور قاضيا عليها. وبناء على ذلك يكون الحكم برفض دعوى الملكية التى أقامها المشترى الأخير على البائع الأول مخالفا للقانون متعينا نقضه ".

ونظرا لما أثار شهر دعاوى صحة التوقيع من إشكالات عديدة فـــى العمل . رأى المشرع عند وضع قانون تنظيم الشهر العقارى استبعاد هذه الدعاوى من الدعاوى واجبة الشهر كما يبين من مدلول المادة الخامسة عشرة .

وســـنرى أن المادة ٦٥ من قانون المرافعات المستبدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ نصت فى فقرتها الأخيرة على ألا تقبل دعوى صـــحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها .

كمـــا نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٠٣ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ على أنه : " ومع ذلك إذا كان طلـــب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه – كتابة أو شـــفاهة بمحضـــر الجلســـة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق " .

٢٧٩ ـ من الذى يطلب التأشير أو التسجيل ؟

الـــذى يطلـــب التأشير أو التسجيل هو صاحب الشأن وصاحب الشأن هو المدعى فى الدعاوى المشار إليها بالمادة (١٥)، لأنه هو الذى يهمه شهر دعواه ، ليعلم الغير بما يهدد حق المدعى عليه إذا مـــا أرادوا معاملـــته ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ليتمكن فيما بعـــد إذا ما صدر الحكم لمصلحته أن يرجع آثاره لليوم الذى شهر فيه دعواه ، كما تنص المادة (١٧) كما سنرى .

٢٨٠ ـ حصول التأشيرات والتسجيلات بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة :

تـــنص الفقـــرة الثالـــثة من المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن :

" وتحصـــل التأشـــيرات والتســـجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة ".

والملاحـــظ أن النص قدم إعلان صحيفة الدعوى على قيدها ، وهـــذا كـــان يـــتفق ونص الفقرة الأولى من المادة ٧٥ من قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ – قبل تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ – إذ كانت هذه الفقرة تجعل الإعلان سابقا على قـــيد الدعوى، إلا أنه بعد تعديل هذا النص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أصبح القيد سابقا على الإعلان ، وهو ما نصت عليه المادة ١/٦٧، ٢ من قانون المرافعات الحالى .

ولذلـك أصـدرت مصلحـة الشهر العقـارى المنشور الفنى ١٤/١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/١٢/٢١ الذى ينص على أنه : " يقتضى تطبيـق المـادة ١٥ مـن القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقـارى شـهر عرائض الدعاوى المستخرجة من أقلام الكتاب ، وعدم إيقاف إجراءات شهرها للمطالبة بما يفيد إعلانها " [١].

ومما يساند هذه التعليمات أن إعلان صحيفة الدعوى – فى ظل قانون المرافعات الحالى – يتم عن طريق قلم الكتاب إذ تنص المادة ٦٧ مـرافعات فى فقرتها الثانية على أنه : " وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه " .

وعلى كل فقد قضت محكمة النقض بأنه لايترتب البطلان على شهر من صحيفة الدعوى قبل قيدها بجدول المحكمة وإعلانها .

إذ قضـت بـتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٦ فـى الطعن رقم ٦٦٤ لسنة ٥٥ ق بأن :

" ولئـن كانـت المادة ١٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ أوجبت إعـلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة قبل شهرها إلا أنه لم يرتب جزاء البطلان لمخالفة ذلك " .

---

(١) مشـار إليه فى مؤلف الدكتور محمد المنجى عقد البيع الابتدائى الطبعة الأولى ١٩٨٣ ص ٣٦١ هامش (٦) .

والحكمة من اشتراط التسجيل هو ضمان جدية المدعى فى دعواه .

٢٨١ ـ الدعاوى الكيدية :

تنص المادة (١٨) [١] من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن :

" لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة الرابعة عشرة فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا .

كذلك للطرف ذى الشأن أن يطلب إلى القاضى محو التأشير أو التسجيل المشار إليه فى المادة الخامسة عشرة فيأمر به القاضى إذا تبين له أن الدعوى التى تأشر بها أو التى سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض " .

فلم يفت الشارع أن شهر صحف الدعاوى بطريق التسجيل أو التأشير قد يكون الغرض منه هو مجرد الكيد للمدعى عليه بالادعاء بحقوق غير جدية ، حتى يحول دون تصرف المدعى عليه فى العقار محل الدعوى . وقد يتطلب الفصل فى الدعوى وقت طويلا يظل فيه مالك العقار غير قادر على التصرف فيه بحرية نظرا لظهور تسجيل العريضة أو التأشير بها فى الشهادات العقارية التى

---

(١) المادة مصححة بالمرسوم بقانون المنشور بالعدد ٩١ – الوقائع المصرية فى ١٩٤٧/١٠/٢ .

يســـخرجها المتعامل معه ، مما قد يحمل هذا الأخير على الإحجام عن التعاقد معه انتظارا لنتيجة الدعوى [١].

ولذلك أجاز الشارع لصاحب الشأن الالتجاء إلى قاضى الأمور المســتعجلة بطلب محو التأشير أو التسجيل ، فيقضى القاضى بذلك إذا تبيــن له أن الدعوى كيدية قصد منها مجرد غل يد المدعى عليه عن التصرف فى عقاره أو غل يد دائنه عن التنفيذ على العقار. فإذ رفــض القاضى الطلب بقى التسجيل أو التأشير قائما إلى أن يفصل فى الدعوى الأصلية بالقبول أو الرفض .

وقد خول الشارع هذا الحق (للطرف ذى الشأن) ومن ثم يثبت هــذا الحــق للمدعى عليه ، وكذلك لدائنه لافحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن [٢].

إنمـــا لايجوز لمن تلقى حقا عينيا عقاريا من المدعى كالمشترى مثلا أن يلجأ إلى هذا الطريق [٣].

ولايجـــب على القاضى أن يتحرى عن شرط الاستعجال ، لأن الاستعجال مقرر بنص صريح .

---

(١) محمود شوقى ص ٣٨٦ وما بعدها .

(١) السنهورى ص ٥٤٤ .

(٢) محمود شوقى ص ٣٨٧ .

٢٨٢ـ عدم اشتراط تسجيل الدعوى أو التأشير بها قبل صدور الحكم فيها :

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض فى قضاء لها ذهبت فيه إلى أن :

" النص فى المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على أن : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ... " ، وفى المادة الخامسة عشر منه على أنه .... " يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة " ، وفى المادة السادسة عشر على أن "يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها " ، وفى الفقرة الأولى من المادة السابعة عشر على أنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة فى المادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ... " ، مؤداه أن الأصل فى التسجيل أنه لايترتب عليه أثره إلامن تاريخ تسجيل

العقــد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو حق عينى آخر على عقار أو نقله وأن هذا لاينسحب إلى الماضى ، بيد أن القانون أجــاز علــى سبيل الاستثناء تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد المــتعلقة بحقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الــنهائى الصادر فيه على هامش تسجيل صحيفتها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل هذه الصحف واستهدف المشروع من هذا الاســتثناء حماية أصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وكل ما تطلبه القــانون لإحــداث هــذا الأثر الاستثنائى أن يسجل رافع الدعوى صــحيفتها بعد قيدها بجدول المحكمة وإعلانها ثم يتبع هذا الإجراء بالتأشــير بمــنطوق الحكم النهائى الصادر بتقرير حقه على هامش تســجيل الصــحيفة وحسب رافع الدعوى أن يسلك هذا السبيل لكى يجعــل حقه الذى تقرر بالحكم النهائى حجة على كل من ترتبت لهم حقــوق عينــية علــى العقار منذ التاريخ الذى سجلت فيه صحيفة الدعوى ودون اشتراط أن يكون قد تم تسجيلها فى تاريخ سابق على صدور الحكم الذى انتهت به الدعوى ، إذ القول بهذا الشرط يعتبر تقيــيدا لمطلــق عبارة النص واستحداث لقيد لم يرد به ، وإذ كان الثابــت مــن الأوراق أن الطاعــن تقدم إلى مكتب الشهر العقارى بــتاريخ ١٩٧٤/١/١٦ بطلــب تسجيل صحيفة دعواه بصحة ونفاذ

عقد بيع حصة العقار محل التداعى وذلك بعد قيدها بجدول المحكمة وعقب إعلان الصحيفة إلى المدعى عليها فى ١٩٧٤/١/٢٠ اتخذ مكتب الشهر إجراءات تسجيل هذه الصحيفة فأتم تسجيلها فى ١٩٧٤/٣/٤ تاليا لتاريخ ١٩٧٧/٢/١٧ الذى صدر فيه الحكم بانتهاء الدعوى بتوثيق المحكمة عقد الصلح المعقود بين طرفى الخصومة ، ثم باشر الطاعن إجراء تسجيل هذا الحكم والتأشير على هامش تسجيل صحيفة الدعوى فتم هذا الإجراء بتاريخ ١٩٧٧/٢/٢٥ ، لما كان ذلك فإنه يترتب على تلك الإجراءات التى اتخذها الطاعن أن يرتد أثر التسجيل إلى تاريخ ١٩٧٤/٢/١٧ الذى سجلت فيه صحيفة دعواه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى لأسبقية تسجيل تنبيه نزع الملكية على تسجيل حكم صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إلى الطاعن ودون أن يعتد بانسحاب أثر تسجيل هذا الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على سند من أن هذا الانسحاب لايتحقق إلا إذا كان الحكم قد صدر فى تاريخ لاحق لتسجيل صحيفة الدعوى فلا يكون مجديا تسجيلها إن أعقب صدور الحكم ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعنان رقما ١٢٧٨ ، ١٢٩٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

٢٨٣ ـ تسـجيل المشـترى من المـورث صحيفة دعوى صحة ونفـاذ العقـد الصـادر له يحل محل التأشير بحقه على هامش حق الإرث :

إذا سـجل المشـترى من المورث صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقـده ، فـإن ذلـك يغنى عن التأشير بذات حقه على هامش حق الإرث .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لمـا كانت الغاية من قيام المتعامل مع المورث بالتأشير بحقه فى هامش حق الإرث هى إعلان تمسكه هذا وإعلام المتعاملين مع الـوارث به خلال المدة التى حددها المشرع ، وكان للمشترى من المـورث الحـق فى أن يرفع دعوى صحة عقده وأن يسجل الحكم الصـادر فـيها فتنتقل إليه الملكية فإنه متى تم له هذا التسجيل قبل إشـهار حق الإرث أصبح فى غنى عن معاودة التأشير مرة أخرى بـذات حقـه فـى هامش حق الإرث الذى يتم شهره فيما بعد لأن التسـجيل إجراء شهر يحاج به الكافة وتتحقق به الغاية التى تغياها المشرع من التأشير الهامشى المشار إليه " .

(طعن رقم ٩٩١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/٦/٢٣)

٢٨٤ ـ لايغنى عن تسجيل صحيفة الدعوى سبق التأشير عليها من المساحة :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى قضائها الصادر فى الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٠ ق بجلسة ١٩٥٢/٥/٨ والذى ذهبت فيه إلى أن : " إن المادتين ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إنما رتبتا على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد أن يكون لها أثر من يوم حصوله إذا صدر حكم بصحة التعاقد وأشر بالحكم وفقا للقانون ، فلا يغنى عن تسجيل صحيفة الدعوى تأشير المساحة عليها. وإذن فإنه يكون غير منتج ما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه من أنه إذ قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه للعقار موضوع النزاع قد أغفل أن المساحة أشرت على صحيفة دعوى صحة التعاقد التى رفعتها عن هذا العقار فى تاريخ سابق على تسجيل عقد المطعون عليه متى كانت هى لم تسجل هذه الصحيفة إلا بعد أن سجل المطعون عليه عقد شرائه " .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٨)

٢٨٥ـ سبق تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لايمنع من تسجيل بيع آخر صادر عن ذات البائع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادتين ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أنه وإن كان سبق تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لايمنع من تسجيل بيع آخر صادر من نفس البائع عن ذات العقار وانتقال الملكية بهذا التسجيل إلى المشترى فيه، إلا أنه متى صدر فى تلك الدعوى حكم بصحة التعاقد وتأشر بمنطوقه فى هامش تسجيل صحيفتها أصبح البيع المحكوم بصحته حجة على المشترى الآخر الذى كان قد سجل عقده بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وبالتالى زوال حجية أثر تسجيل هذا العقد قبله فى نقل الملكية للمشترى به " .

(طعن رقم ١١٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٥)

٢٨٦ ـ اشتراط شهر سند البائع لانتقال الملكية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لايقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها ، فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته

ونفــاذه رغما عن أن سند البائع لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا ، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده " .

(طعن رقم ٣١٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١١/١٨)

٢٨٧ ـ التأشير بمنطوق الحكم النهائى فى هامش سجل المحررات وجبة الشهر :

كانـــت المادة ١٦ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص– عند صدور القانون – على أنه :

" يؤشـــر بمـــنطوق الحكـــم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها " .

إلا أن المشرع أضاف فقرة جديدة لهذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ تنص على أنه : " ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام " .

ومـــؤدى هذه الفقرة المضافة أنه لايغنى التأشير المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة عن وجوب تسجيل الأحكام النهائية المشار إلـــيها عملا بالمادتين ٩ ، ١٠ من القانون وذلك حتى يتيح التسجيل آثـــاره القانونـــية فى شأن نقل الملكية فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغـــير ، إذ يقتصـــر أثـــر التأشير عند إجرائه ، على إحداث الأثر

الــرجعى للاحــتجاج بـــالحق الصادر به إلى تاريخ شهر عريضة الدعوى ، ولذلك فإنه يتعين عند تقديم هذه الأحكام للتأشير بمقتضاها علــى النحو سالف الإيضاح ضرورة أن تكون تلك الأحكام قد سبق شـــهرها بطـــريق التسجيل عملا بأحكام المادتين ٩ ، ١٠ . وحكمة هــذه الإضافة إزالة أى لبس قد يثور فى أذهان أصحاب الشأن من أن التأشـــير بمـــنطوق الأحكام النهائية فى هامش تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية بالتطبيق للمادة ١٦ يغـــنى عـــن تســـجيلها وهو ما يتعارض مع حكم المادتين ٩ ، ١٠ سالفتى الذكر [١].

وبذلك فبعد أن كان العمل هو الذى يسمح بتسجيل الحكم، أصبح واجبا بنص القانون تسجيل الحكم بصحة التعاقد لكى تنتقل الملكية. وهذا الوجوب ينبنى على ربط نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ بالفقـــرة الجديدة من المادة ١٦ التى أضيفت بالقانون رقـــم ٢٥ لســـنة ١٩٧٦ . فالمـــادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تـــنص – كمـــا ســـبق أن ذكرنا – على أنه بالإضافة إلى "التصـــرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصـــلية ، أو نقله أو تغييره أو زواله" فإن "الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل " .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ .

وربط المشرع التأشير بالحكم على هامش شهر صحيفة الدعوى بتسجيل هذه الأحكام بنصه على أن يتم التأشير بمنطوق الحكم فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها " عقب تسجيل هذه الأحكام " وبالتالى أصبح واضحا التناسق بين وجوب تسجيل الأحكام والدور الذى يقوم به التأشير بهذه الأحكام على هامش صحيفة الدعوى وكان هذا هو قصد الشارع من إضافة فقرة جديدة إلى المادة ١٦ سالفة الذكر .

ومقتضى هذا الربط منع التأشير بالحكم بصحة التعاقد حتى يتم تسجيل الحكم بصحة التعاقد .

ويكون تسجيل الحكم وليس التأشير به هو الذى ينقل الملكية – كما سنرى – ومن تاريخ تسجيل الحكم وليس من تاريخ التأشير(١).

وإذا كان المقصود بشهر الصحيفة أو التأشير بها هو الإعلام، فإن هذا الإعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده ، فإنه من باب أولى يتحقق بشهر الحكم كاملا إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه (٢).

---

(١) الدكتور برهام محمد عطا الله دعوى صحة التعاقد على البيع دراسة فى القانون الوضعى المصرى ١٩٨٣ ص ٣١٥ .

(٢) محمد المنجى ص ٣٨٧ .

والـــذى يســـجل هو حكم صحة التعاقد وحده ، ولا حاجة إلى تســـجيل عقـــد البيع العرفى معه ، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومعه العقد باعتباره من ملحقات الحكم [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وبذلك يكون المشرع قد رسم للمدعى فى دعوى صحة التعاقد طـــريقا يمكنه من التمسك بالحكم الذى يصدر لصالحه ضد كل من آل إليه الحق من البائع المدعى عليه ، وإعلام الغير بالأخطار التى يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى ، وإذا كان هذا الإعلام يتحقق بالتأشير بمنطوق الحكم وحده فإنه من باب أولى يـــتحقق بشـــهر الحكـــم كاملا إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشى ويزيد عليه .... الخ " .

(طعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١٦)

٢٨٨ ـ وجـوب التأشـير بالأحكـام النهائية فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ أيهما أطول :

تـــنص الفقـــرة الثالـــثة من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى المضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه :

---

(١) السنهورى جـــ٤ ص ٤٩٠ هامش (٢).

" لايسـرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يـتم التأشـير بهـا بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " .

والفقرة الأولى من المادة ١٧ هى التى تنص على أنه :

" يترتـب علـى تسـجيل الدعاوى المذكورة بالمادة (١٥) أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكـون حجـة علـى من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها " .

ومـن ثم فإنه يشترط لسريان أثر تسجيل الصحيفة المشار إليها بالفقـرة الأولـى أن يتم التأشير بالحكم الصادر فى الدعوى – بعد تسجيله – فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا.

والحكـم يكون نهائيا إذا كان صادرا فى حدود النصاب النهائى للمحكمة التى أصدرته أو إذا انقضى ميعاد الطعن عليه بالاستئناف دون ولـوج هذا الطريق أو بالطعن عليه وتأييد الحكم . أما بالنسبة للأحكام الصـادرة قبل نفاذ القانون رقـم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ أى قبل ١٩٧٦/٥/٢ فيجب التأشير بها فى خلال خمس سنوات[1] من نفاذ القـانون والا انقضى أثرها بالنسبة لحماية المشترى الذى صدر له

---

(١) صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ بتاريخ ١٩٧٦/٣/٢٣ ونشر بالجريدة الرسمية العدد (١٤) فى أول أبريل سنة ١٩٧٦ ونصت المادة (٥) على أن يعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره .

حكـــم بصـــحة التعاقد من الحقوق التى ترتبت بعد تسجيل صحيفة الدعوى . وعلى ذلك فآخر مدة يجب فيها التأشير بالأحكام الصادرة قـــبل نفاذ القانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ هو خمس سنوات من تاريخ هذا الـــنفاذ وذلـــك بشرط أن تكون هذه الأحكام نهائية ، وإذا كانت هذه الأحكـــام غـــير نهائـــية قبل نفاذه وإن صدرت قبله فإن مدة خمس السنوات تبدأ من تاريخ صيرورتها نهائية [١].

وفوات مدة خمس السنوات لايمنع من تسجيل الحكم الصادر فى الدعـــوى ، غـــير أن أثـــر تسجيل الحكم أو التأشير به على هامش تســـجيل الصـــحيفة بعد انقضاء هذه المدة ، لايرتد إلى يوم تسجيل صـــحيفة الدعـــوى[٢] ، أى يزول الأثر الرجعى الذى نصت عليه المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

وقـــد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون إضافة الفقرة المذكورة بقولهـــا : " أثبـــت الواقـــع العملى أن كثيرا من أصحاب الشأن فى دعـــاوى صحة التعاقد يكتفون بتسجيل الصحيفة ولايقومون بتسجيل الحكـــم والتأشير به بعد ذلك اعتمادا منهم على أن تسجيله والتأشير بـــه جائـــز فى أى وقت وأنهم لن يضاروا بسبب هذا التراخى لأن التأشـــير بـــالحكم بعـــد تسجيله سوف يرجع أثره إلى وقت تسجيل

---

(١) برهام عطا الله ص ٣١٩ .

(٢) المستشار محمود رضا الخضيرى ص ٣٨٦ .

صـحيفة الدعـوى وهو أمر أدى إلى اضطراب المعاملات وعدم اسـتقرارها ولـذا فقد رئى التدخل لوضع حد زمنى لايجوز بعده لصـاحب الشـأن أن يسـتفيد مـن الأثر الرجعى ولهذا استحدث المشروع حكما يقضى بعدم سريان الأثر الرجعى الذى تقرره الفقرة الأولـى مـن المـادة ١٧ من القانون القائم على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا الحكم المستحدث أيهما أطول "[١].

---

(١) وضبطاً للأسبقيات عند التزاحم وحفاظا للمراكز القانونية أصدرت مصلحة الشهر العقارى والتوثيق المنشور الفنى رقم (٤٤) بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٦.
وننشره فيما يلى :

وزارة العدل

مصلحة الشهر العقارى والتوثيق

الإدارة العامة للبحوث القانونية

منشور فنى رقم (٤٤) بتاريخ ١٩٩٦/١١/١٦

إلى مكاتب الشهر العقارى ومأمورياتها ومكاتب التوثيق وفروعها

لمـا كانت المادة رقم (١٥) من القانون رقم ١٩٤٦/١١٤ بتنظيم الشهر العقارى تنص على أنه :

" يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحـرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى .

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشـــير بهـــا على حسب الأحوال . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ... " .

ولما كانت المادة رقم (١٦) من قانون الشهر العقارى المشار إليه تنص على أنه :

"يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشـــير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها . ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام .... " .

ولما كانت المادة رقم (١٧) من قانون الشهر العقارى المشار إليه معدلا بالقانون رقم ١٩٧٦/٢٥ تنص على أنه :

يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة (١٥) أو التأشير بها أن حـــق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولا يكـــون هـــذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نيه قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة .

ولايسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بهـــا بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول ".

ولمـــا كـــان مفـــاد النصوص المتقدمة أن المشرع قد أوجب شهر هذه الدعاوى المشار إليها كما أوجب المشرع التأشير بمنطوق الحكم النهائى فى هذه الدعاوى خلال الخمس سنوات من تاريخ صيرورة هذه الأحكام الابتدائـــية . كما أوجب حصول هذا التأشير المشار إليه بالنسبة للأحكام

....

الواجـــب تســـجيلها أن يتم عقب تسجيل هذه الأحكام . وذلك حتى يمكن لهـــذه الأحكام جميعها من الاستفادة من الأثر الرجعى لشهر صحف هذه الدعاوى .

وحـــتى يمكن ضبط أسبقيات شهر هذه الدعاوى المشار إليها أو التأشير بالأحكـــام النهائـــية الصادرة فيها على هامش هذه العرائض المشهرة – وحـــتى يمكن تحديد المراكز القانونية الناشئة عن شهر صحف الدعاوى المشـــار إلـــيها أو التأشـــير بالأحكام النهائية الصادرة فيها على هامش صحف دعاويها المشهرة .

بناء عليه

يتعين على مأموريات الشهر العقارى حال بحثها لطلبات الشهر العقارى أن يتضمن بند حقوق الغير المقررة على العقار بإخطارات مقبول للشهر ومشـــروعات المحـــررات مـــا أسفر عنه البحث الهندسى للعقار محل الـــتعامل من تعلية صحف الدعاوى المشهرة . على أن يكون ذلك شاملا لموضـــوعها ومحلها وأطرافها ورقم الطلب والمشروع وتاريخها ورقم وتاريخ شهر هذه الدعاوى . وذلك ضبطا للأسبقيات عند التزاحم وحفظا للمراكز القانونية الناشئة عن ذلك .

لذا يقتضى العلم بما تقدم ومراعاة تنفيذه

رئيس القطاع

٢٨٩ ـ تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ بيع عقد لايحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقد آخر على ذات العين سجلت صحيفة دعواه قبل تسجيل صحيفة الحكم الأول :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢١ فى الطعن رقم ٢١٧٨ لسنة ٥٩ ق إذ جاء به :

" مفاد نص المادتين ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفعها مشترى العقار على البائع له ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة - أو تسجيله - من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ومن ثم فإن تسجيل مورث المطعون ضدهم أولا الحكم الصادر بصحة عقد شرائه ذات المبيع من البائعة نفسها وارتداد أثر هذا التسجيل لتاريخ تسجيل صحيفة دعواه فى ١٩٧٤/٩/١٧ لايحول دون أن يحكم بصحة عقد شراء مورث الطاعنين ، إذ الثابت من الواقع المطروح على محكمة الموضوع أنه الأسبق فى تسجيل صحيفة دعوى صحة عقده إذ سجلها بتاريخ ١٩٧٤/٨/١٢ فإذا ما أشر بالحكم الصادر

بصحة عقده – أو سجله – وفقا للقانون فإنه يكون حجة على مورث المطعون ضدهم أولا " .

(طعن رقم ٢١٧٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢١)

٢٩٠- الأثـر المترتب على تسجيل الدعاوى أو التأشير بها والتأشير بالأحكام المسجلة :

تنص المادة (١/١٧ ، ٢) من قانون تنظيم الشهر العقارى (المستبدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) على أن :

"يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة "[1].

---

(١) وقد طعن أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادتين ٩، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" إلا أن المحكمة قضت بجلسة ١٩٩٧/١٢/٦ برفض الدعوى (الحكم منشور بالجريدة الرسمية العدد ٥١ فى ١٩٩٧/١٢/١٨) .

وننشر الحكم فيما يلى :

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعية كانت قد أقامت ضد ورثة المرحوم كمال محمد خليل ، الدعوى رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٨٧ مدنى كلى شمال القاهرة ، بطلب الحكم بانعدام ميراثهم فى العقار رقم ١٣ شارع البحرين (شامبليون سابقا) المقام على القطعة ٥ من المربع رقم ٤٠ تقسيم مصر الجديدة ، وكذلك ببطلان وشطب إشهار حق الإرث رقم ٢٨٩٣ فى ١٩٨٦/١٠/٢ وما يترتب على ذلك من آثار ، وكان سندها فى ذلك تملكها من والدتها زهيرة حسنين كامل أرض وبناء هذا العقار ، وذلك بناء على العقد المؤرخ ١٩٦١/١/٣ المحكوم بصحته ونفاذه فى الدعوى رقم ٧٧٣ لسنة ٦٣ مدنى كلى القاهرة المشهرة صحيفتها . كما صدرت شهادة الإفراج عن تركة المرحومة زهيرة حسنين ، ثابت بها إخراج العقار المتنازع عليه من تركتها ، وأنه صار مملوكا لابنتها المدعية . هذا فضلا عن أنها - أى المدعية- تضع يدها منذ وفاة والدتها على كامل أرض وبناء ذلك العقار .

وبجلسة ١٩٩٤/٥/٣١ قضت محكمة شمال القاهرة الابتدائية برفض طلب المدعية فى الدعوى رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٨٧الحكم بانعدام إرث المدعى عليهم فيها ، فاستأنفت حكمها أمام محكمة استئناف القاهرة تحت رقم ١٥٤٤١ لسنة ١١١ قضائية ، طالبة الحكم مجددا بطلباتها السابق إبداؤها أمام محكمة أول درجة . ثم دفعت أثناء نظر استئنافها وقبل الفصل فيه - بعدم دستورية المادتين ٩، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى ، فقررت المحكمة تأجيل نظره إلى أن

تــتخذ إجراءات الطعن بعدم دستورية هاتين المادتين ، فأقامت الدعوى الماثلة .

وحيـث إن المــادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقــارى تقضــى بــأن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقــوق العينــية العقاريــة الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل .

وتــنص المــادة ١٥ من هذا القانون على ما يأتى : " يجب التأشير فى هــامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صــحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى .

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشــير بهــا على حسب الأحوال . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد علىحقوق عينية عقارية .

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة " .

كذلــك تــنص المــادة ١٧ مــن ذلك القانون بأن " يترتب على تسجيل الدعــاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها ، أن حق المدعى إذا ما تقــرر بحكــم مؤشر به طبقا للقانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولا يكــون هــذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة .

ولايسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية ، أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " .

وحيث إن المدعية تنعى على المادتين ٩، ١٧ المشار إليهما ، ترتيبهما الملكية على أساس أسبقية الشهر ، ومخالفتهما بالتالى لأحكام المادتين ٣٢، ٣٤ من الدستور اللتين تحميان الملكية الخاصة التى لايتعارض استخدامها مع الخير العام للشعب. وسندها فى ذلك أن المادة ١٣٥ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام كان العقد باطلا . ومن ثم لايصحح التسجيل عقدا باطلا ، ولايبطل عقدا صحيحا . والقاعدة أنه لا ميراث لغير وراث ، ولا ميراث إلا بعد سداد الديون ، ولاتوريث إلا فيما يخلفه المورث وقت وفاته . وإذ كانت المادة ٤٩ من القانون المدنى تلزم البائع وخلفه العام والخاص كليهما بضمان التعرض، وكان هذا الضمان أبديا يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر ، فقد صار محتوما ألا يقبل ادعاء الوارث ملكية المبيع الذى باعه مورثه ، بناء على مجرد تراخى المشترى فى التسجيل ، ذلك أن من يضمن نقل الملكية لغيره ، لايجوز له أن يدعيها لنفسه . وما يجرى على البائع يجرى على خلفه ، فلا يجوز للوارث التمسك ضد المشترى بعدم تسجيل العقد الصادر من المورث . بل يجب أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل ملكية المبيع ، ولو كان التصرف اللاحق مسجلا ، صونا للنظام العام ، خاصة إذا اقترن البيع بوضع اليد المكسب للملكية .

وأضافت المدعية أن الدستور حرص على صون الملكية الخاصة وكفل عدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفى الحدود والقيود التى

أوردها باعتبارها مترتبة فى الأصل على الجهد الخاص الذى بذله الفرد بكـده وعرقه ، وبوصفها حافزه إلى الانطلاق والتقدم ، وكانت الأموال الـتى يـرد عليها حق الملكية تعتبر مصدرا من مصادر الثروة القومية الـتى لايجـوز التفريط فيها ، فإن نقل الملكية لايجوز أن يكون مرتبطا بالسبق إلى التسجيل . وإذ جرت المادتان ٩، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على غير هذا النظر ، فإنهما ينحلان إخلالا بالنظام العام ، وإهدارا للمادتين ٣٢، ٣٤ من الدستور .

وحيـث إن المصـلحة الشخصية المباشرة – وهى شرط لقبول الدعوى الدسـتورية – مـناطها ارتـباطها عقلا بالمصلحة التى يقوم بها النزاع الموضوعى ، وكـانت المدعية تطلب إنفاذ عقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٩٦١/١/٣ المعقود بين المدعية ووالدتها فى شأن عقار النزاع ، تأسيساً علـى أن عـدم تأشـيرها بالحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد على هـامش صـحيفتها لايجـوز أن يسقط سند ملكيتها ولو لم يسجل ، فإن مصـلحتها الشخصـية تنحصر فى النصوص القانونية التى تنظم الآثار الـتى رتبها قانون الشهر العقارى فى شأن تسجيل الأعمال القانونية أو التأشير بالأحكام الصادرة فى شأنها .

وحيـث إن الملكـية وإن كفلهـا الدستور ، إلا أن تنظيمها بما لايعطل فحواها ، أو يهدر أصلها أو يغرق أجزاءها ، أو يعطل الحقوق المتفرعة عـنها فـى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، إنما يدخل فى نطـاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق ، تقديرا بأن الأصل هو إطلاقها إلا إذا قيدها الدستور بضوابط تحد منها .

وحيث إن الملكية وغيرها من الحقوق العينية الأصلية ، كانت فى ظل القـــانون المدنى القديم تنتقل فيما بين العاقدين بالعقد دون ما ضرورة للتســجيل ، وكان التسجيل فى هذا القانون شأن التسجيل وفقا لقانون الشـــهر العقارى القائم ، لايبطل عقد صحيحا ولايصحح عقدا باطلا، وكـــان كثيرا من المتعاقدين فى ظل القانون المدنى القديم، قد عزفوا عن شهر تصرفاتهم باعتبار أن العقد غير المسجل قد نقل إليهم الملكية فيما بينهم وبين المتعاملين معهم مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتها ، ومكــن كثيرا من البائعين من التعامل فى العقار الواحد أكثر من مرة بعــد تصـــرفهم الأول فيه ،وكانت الأموال التى يخلفها الشخص إرثا وكذلك وصاياه ، لاتعتبر فى ظل القانون المدنى القديم تصرفا قانونيا فــيما بيــن الأحياء ، فلا يجب شهرها ، إلا أن المشرع أدخل بعدئذ تطورا ملحوظاً فى قواعد الشهر التى نظمها بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الصادر فى ١٩٤٦/٨/١١ ، والمعمول به ابتدا من أول يناير ١٩٤٧ .

وحيــث إن تطور قواعد الشهر وفقا للقانون القائم ، تمثل فى النصوص الــتى تضــمنها محــددا بها المحررات التى أخضعها فى شهرها لنظام التسجيل ، وكذلك تلك التى ألزمها بالخضوع لنظام القيد . ومن ثم نص فــى المــادة ٩ على إخضاع الحقوق العينية العقارية الأصلية سواء فى مجــال إنشـــائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لنظام التسجيل ، وكذلك الأحكـــام النهائية التى أثبتتها ، فإذا لم تسجل فإن إنشاءها أو تغييرها أو زوالهـــا لايتم ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى غيرهم ، وإنما

تنحصر آثارها فى مجرد التزامات شخصية ترتبها فيما بين ذوى الشأن فـيها . ثم ألحق قانون تنظيم الشهر العقارى واقعة انتقال الأموال إرثا- وهـى واقعة مادية - بالحقوق العينية الأصلية التى ينقلها أصحابها إلى غـيرهم مـن خـلال تصرفاتهم القانونية ، محتما تسجيل ذوى الشأن لسنداتهم التى يثبتون بها إرثهم ، فإذا ما باشر أحدهم قبل هذا التسجيل ، تصرفا قانونيا فى شأن حق من الحقوق التى خلفها المتوفى ، فإن شهره لايكون جائزا (مادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى) .

وحيث إن هذا القانون أفرد لدعوى صحة التعاقد- وكلما كان محلها أحد الحقوق العينية العقارية الأصلية - أحكاما اختصها بها ، وذلك بأن جعل تسجيل صيحفتها لازما ، فإذا ما تقرر حق المدعى بحكم، وأشر به عليها طبقاً للقانونِ ، صار هذا الحق حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (المادتان ١٥، ١٦ من ذلك القانون) .

وحيث إن ما تقدم مؤداه ، أن قانون تنظيم الشهر العقارى القائم ، توخى حمـلْ المتعامليـن فـى الحقـوق العينية العقارية الأصلية على تسجيل عقودهـم، فجـرد البيوع التى لايتم تسجيلها من كل أثر فى مجال نقل الملكـية ، سـواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الأغيار . ومن ثم أصبح نقلها فيما بين المتعاقدين متراخيا إلى ما بعد التسجيل بعد أن كان نتـيجة لازمة للبيوع الصحيحة بمجرد عقدها ، وصار الاحتجاج بها فى مواجهـة الغـير كذلـك متوقفا على تسجيلها ، متى كان ذلك ، وكانت المدعـية لم تؤشر بالحكم الصادر لصالحها على صحيفة دعوى صحة الـتعاقد التى أقامتها ضد خصومها ، وكان تسجيلها لهذه الصحيفة ليس

كافـيا وحده لأن ينقل إليها الحقوق التى تدعيها فى شأن العقار المتنازع عليه ، وكان ورثة المرحوم كمال محمد خليل قد قاموا بشهر حق إرثهم قبل أن تؤشر هى على صحيفة دعوى صحة التعاقد التى أقامتها ضدهم بـالحكم الصادر لصالحها فيها ، فإن سبقهم إلى شهر هذا الحق ، يكون ناقلا من دونها للأموال التى ورثوها .

وحيث إن انتقال الملكية – وفقا لقانون تنظيم الشهر العقارى القائم– إلى الأسبق إلى تسجيل الحقوق التى يطلبها أو التأشير بها ، لايعدو أن يكون ترتيبا فيما بين المتزاحمين عليها لتقرير أولاهم وأحقهم فى مجال طلبها أو اقتضائها .

ولا مخالفة فى ذلك للحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية المنصوص عليه فى المادتين ٣٢، ٣٤ منه ، ذلك أن الإخلال بهذه الحماية لايتحقق– فـى الأعم من الأحوال – إلا من خلال نصوص قانونية تفقد ارتباطها عقـلا بمقدماتهـا ، فلا يكون لها من سواء . ولا كذلك الأمر فى شأن الحقـوق العينية العقارية الأصلية التى تقاعس أصحابها عن شهرها مع علمهـم بالآثار التى رتبها المشرع على تخلفهم هذا ، ولأن المشرع ما قرر نظم الشهر المطعون فيها إلا ضمانا للائتمان فى مجال التعامل فى العقـار فى شأن حقوق عينية نافذة بطبيعتها فى حق الكافة، وكان لازما بالتالى أن ييسر المشرع من يتعاملون فيها العلم بوجودها من خلال شهر الأعمـال القانونـية الـتى تعتبر مصدرا لها ، إثباتا لحقائقها وبياناتها الجوهرية، فلا يكون أمرها خافيا ، وبمراعاة أن شهر هذه الأعمال وإن كـان لازمـا ، إلا أن هذا الشهر لايحيل العقود الصادرة فى شأنها إلى عقـود شكلية تفقد طبيعتها الرضائية ، وإنما تظل للعقود غير المشهرة خصائصها ونواتجها، فلا تنحسر آثارها – وفيما عدا نقل الملكية– عنها.

وهــذه المادة تقابل المادة ١٢ من قانون التسجيل ، وهى تفرق فــى الحكــم بيــن التصرفات التى يأتيها المدعى عليه بعد تسجيل الدعــوى المرفوعة عليه أو التأشير بها ، وبين التصرفات السابقة على هذا التسجيل أو التأشير . ونبين ذلك تفصيلا فيما يلى :

٢٩١ـ أولا : الأثــر المترتــب عــلى التصــرفات التى يبرمها المدعــى عليــه بعــد تسجيل الدعوى أو التأشير بها ثم التأشير بالحكم الصادر فى الدعوى .

التصــــرفات الـــتى يبرمها المدعى عليه بعد تسجيل الدعوى أو التأشـــير بهـــا علـــى حسب الأحوال ، سواء كانت دعوى فسخ أو بطـــلان أو إلغـــاء أو رجـــوع .... إلخ ، لاتسرى فى حق المدعى ويستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق قد تقررت بتصرف رضائى صادر من البائع له أو نتيجة إجراءات تنفيذ عقارى اتخذت ضد هذا الـــبائع . فلو كان المدعى عليه قد رتب أى حق من الحقوق العينية علـــى العقار للغير ، فلا تسرى فى مواجهة المدعى ، ولو كان هذا

وحيـــث إن النصوص المطعون عليها لاتتعارض مع أى حكم آخر فى الدستور من أوجه أخرى .

فلهذه الأسباب

حكمـــت المحكمـــة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعية المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

الغــير فى الواقع حسن النية يجهل أن سند سلفه مطعون فيه ، لأن المشــرع يكتفى هنا بالعلم القانونى المستفاد من حصون التسجيل أو التأشــير، إذ كــان يجــب على الغير قبل الإقدام على التصرف أن يبحــث فــى ســجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة الدعوى قد شــهرت . ومعــنى هذا أن المدعى عليه لو كان بائعا وباع العقار لمشــتر ثــان وسجل الأخير عقده فى الفترة ما بين تسجيل صحيفة الدعــوى والتأشــير بمنطوق الحكم النهائى الصادر فيها فى هامش التسجيل فإن المدعى (المشترى الأول) هو الذى يفضل .

وإذا اتخــذت إجراءات نزع ملكية العقار المبيع بعقد ابتدائى ، وســجل تنبيه نزع الملكية بعد تسجيل صحيفة دعوى التعاقد ، تعين القضاء ببطلان تلك الإجراءات لارتداد أثر تسجيل الحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يقضــى القانون بأنه فى حالة تزاحم مشترين لعقار واحد مــن مالك واحد فإن الأفضلية بينها تكون لصاحب العقد الأسبق فى التســجيل . فمتى تبين أن أحد المشترين المتزاحمين قد رفع دعوى بصحة تعاقده وسجل عريضتها قبل تسجيل عقد المشترى الآخر ثم ســجل الحكــم الصادر له بصحة التعاقد فإن هذا الحكم يعتبر أسبق

تســجيلا ويفضــل عقد المشترى الآخر . ولامحل بعد ذلك لإقحام المــادة ١٤٦ من القانون المدنى لإجراء حكمها على المشترى بهذا العقد المسجل باعتبار أنه خلف خاص كان يعلم بحكم صحة التعاقد فيســرى علــيه ذلك الحكم أو للبحث فى أن علمه هذا كان مقترنا بعلمــه بحصــول تنازل عن الحكم المذكور مما يحد من أثره لأن تسجيل حكم صحة التعاقد يغنى فى تحقق أثره على الخلف الخاص عن العلم المشترط فى المادة ١٤٦ المشار إليها " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧)

٢- " مــؤدى نص المادتين ٩، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن ملكية العقار لاتنتقل من البائع إلى المشــترى إلا بتســجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة لايترتب علــيه نقل الملكية إلى المشترى بل تبقى هذه الملكية للبائع وبالتالى يعتــبر تصــرفه إلى مشتر آخر صادرا من مالك . ولا يحول دون الحكــم للأخــير بصــحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشترى الأول وصدور حكم لصالحه بصحة تعاقده " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٤)

٣- (أ)- " مفــاد نص المادتين ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لســنة ١٩٤٦ الخــاص بتنظــيم الشهر العقارى أن تسجيل صحيفة

الدعـوى الـتى يـرفعها المشترى على البائع بإثبات صحة التعاقد الحاصـل بيـنهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء مـن تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى . فإذا كان المطعون ضدهما قد سـجلا صـحيفة دعواهمـا (بصحة التعاقد) قبل أن يسجل الطاعن (مشتر ثان) عقده الصادر إليه من ذات البائع فإنهما لا يحاجان بهذا التسجيل الأخير ولاتنتقل به الملكية إلى الطاعن بالنسبة إليهما وعلى ذلك فلا يحول هذا التسجيل دون أن يحكم لهما بصحة ونفاذ عقدهما العـرفى حـتى إذا أشـر بهذا الحكم وفق القانون يكون حجة على الطاعن ".

(ب)- " تسـجيل صـحيفة دعـوى صحة التعاقد التى يرفعها المشترى على البائع - على ما قضت به المادة ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقـار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة ، سواء كانوا خصوما فى تلك الدعوى التى سجلت صحيفتها أوظلوا بعيدين عنها".

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٩)

٤- " لايترتب على التسجيل أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله . وأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقـــارى إذ أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ تسجيل دعاوى صـــحة الـــتعاقد علـــى حقـــوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون ، انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صيغة الدعوى (م١٧) إنما قصد حماية أصحاب هذه الدعـــاوى قـــبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تســـجيل صـــحائفها ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحة دعـــوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها " .

(طعن رقم ٥٢٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٩)

٥- " إن القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى، يقضى بأن ملكية العقار لاتنتقل من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقـــد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكـــم علـــى هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت ، وتسجيل الصحيفة يحفظ لرافع الدعوى حقوقه من تاريخ حصوله ، بحيـــث أنه متى حكم له بطلباته فإن الحق الذى قرره الحكم ينسحب إلـــى يوم تسجيل الصحيفة إذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبقا للقانون

دون أن يــتأثر بمـــا يصـــدر من البائع أو ما صدر من مورثه من تصـــرفات أشهرت بعد هذا التاريخ ، ومفاد ذلك أنه لايكفى لاعتبار العقد مسجلا تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلـــك ويؤشـــر به على هامش تسجيل الصحيفة وما لم يحصل هذا التأشـــير لا يكـــون للحكم بصحة التعاقد أية حجية بالنسبة لتسجيل العقد" .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٦- " تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفعها المشترى على البائع . على ما قضت به المادة السابعة عشرة من القانون رقم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ بتنظـــيم الشهر العقارى - يحدث أثره بالنسبة لجمـــيع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلـــك الصحيفة ، وإذ كان هذا الأثر لايزول بدخول النائب القانونى عن المشترى فى الدعوى للحكم له بالطلبات التى تضمنتها الصحيفة المسجلة ... الخ " .

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)

٧- " الملكية لاتنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع - كما أن الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التسجيل لايترتـــب علـــيه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار ونقله وأن

هــذا الأثر لاينسحب إلى الماضى ، ولايحتج على ذلك بأن القانون رقــم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخــاص بالشهر العقارى أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ مــنه تســجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هــامش تســجيل صحائفها انسحاب هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صــحيفة الدعوى ، لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حمايــة لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقــار المبــيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وهذا استثناء لايصح التوسع فيه أو القياس عليه " .

(طعن رقم ٨٩٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧)

٨- " تســجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على مقتضى نص المادتيــن ١٥، ١٧ مــن القــانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظــيم الشــهر العقارى المعدل والتأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة يترتب عليه – وعلى ما جــرى بــه قضاء هذه المحكمة – أن حق المشترى إذا تقرر بحكم مؤشــر بــه طبق القانون يكون حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٦)

....

٩- " مــؤدى مـــا يرتبه القانون من زوال حجية الحق العينى بسـببب لاحق أن تزول بالتبعية حجية الحكم السابق صدوره استنادا إلى هذا الحق . لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضـده الــثانى ســجل صــيغة دعــواه بصحة التعاقد قبل تسجيل الطاعنيــن عقــد شــرائهم فإن سبق حصولهم بهذا العقد على حكم نهائى بثبوت ملكيتهم لذلك العقار لا يكون حجة على المطعون ضده بعــد أن قام بالتأشير بمنطوق الحكم بصحة عقده فى هامش تسجيل صــحيفة الدعــوى وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١١٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٥)

١٠- " لايكفــى مجــرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لاعتبار العقد مسجلا ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به على هامش تســجيل الصحيفة على أنه إذا ما صدر حكم وتأشر به على هامش تســجيل الصــحيفة فإن تاريخه ينسحب إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ".

(طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

١١- " مــن المقــرر فــى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادتيــن ١٥، ١٧ مــن القــانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظــيم الشــهر العقــارى أن تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشــترى على البائع بإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع

عقـــار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تســجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل مــن ترتبــت لهم حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صـــحيفة الدعــوى ، وإذ كان الثابت أن المطعون ضدهم الثلاثة الأول قــد سجلوا صحيفة دعواهم بتاريخ ١٩٧٤/٩/٢٣ عن طلب صـــحة العقدين فإن الطاعن الأخير يحاج بهذا التسجيل السابق على تســجيل عقــده بــتاريخ ١٩٧٤/١١/٦ ولـــو كــان حسن النية ، ولايحــول التســجيل اللاحــق لعقده دون الحكم للمطعون ضدهم بصحة عقديهم " .

(طعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠)

٢٩٢ - ترتيب أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها ولو لم يكن الغير خصما فى الدعوى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تســجيل صـــحيفة دعوى صحة التعاقد التى يرفعها المشترى علـــى البائع – على ما قضت به المادة ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦– يحدث أثره بالنسبة لجميع من ترتبت لهم على العقار المبيع حقوق عينية بعد تسجيل تلك الصحيفة ، سواء كانوا خصوما فى تلك الدعوى التى سجلت صحيفتها أو ظلوا بعيدين عنها " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٩)

٢٩٣ـ يشترط لتحقق الأسبقية مطابقة العقار الوارد بصحيفة الدعوى للعقار الوارد بالعقد :

يشترط لتحقق الأسبقية بتسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها حسب الأحوال أن يكون العقار محل التصرف كالبيع هو ذاته الوارد بالعقد لأن أساس الشهر هو اتحاد العقار فى كل من التصرف وإشهار التصرف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأفضلية لاتثبت لرافع دعوى صحة التعاقد وفقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، إلا إذا كان مستحقا لما يدعيه ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان المبيع المحدد فى صحيفة الدعوى ، هو بذاته المبيع الذى كان محلا للبيع ، لأن أساس الشهر هو اتحاد العقار فى كل من التصرف ، وإشهار التصرف " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٩)

٢٩٤ـ ترتيب أثر تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد بإثبات الصلح :

يترتب أثر تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد من حيث ارتداد الاحتجاج به على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، سواء كان الحكم صادرا بصحة التعاقد أو بإثبات الصلح الذى انعقد بين الطرفين .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أثـــر تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد من حيث الاحـــتجاج علـــى من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد إلى تـــاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ويستوى فى ذلك أن يكـــون هذا الحكم الصادر فى الدعوى هو حكم فاصل فى موضوع الـــنزاع المـــردد فـــيها أم اقتصر على إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلســـة وجعله فى قوة السند التنفيذى إذ يعتبر توثيق المحكمة لهذا الصـــلح الـــذى انعقد بين طرفى التداعى فى نطاق تلك النصوص بمـــثابة حكـــم تنـــتهى به الدعوى فينتج ذات أثر غيره من الأحكام بصدد التسجيل " .

(طعنان رقما ٩٠٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/٧)

٢٩٥ ـ عدم جواز شطب تسجيل عقد تال لتسجيل صحيفة دعوى صحة تعاقد عن عقد بيع قبل الحكم فيها وتسجيل الحكم :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لايكفى لنقل الملكية تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ما لم يصدر حكم بذلك ويؤشر به وفقا للمادتين ١٥ ، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعدل وفى هـــذه الحالة فقط يحتج بالحكم من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ،

وبأن القضاء لشطب تسجيل المشترى لعقده قبل التأشير على هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تعاقد آخر صدر عن ذات الأطيان المبيعة والمسجلة فى تاريخ سابق على تاريخ التسجيل المحكوم بشطبه هو قضاء سابق لأوانه ذلك أن الحكم بشطب التسجيل لا يكون إلا بعد الحكم بصحة التعاقد والتأشير بذلك فعلا على هامش تسجيل صحيفة تلك الدعوى وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التعاقد أى حجية بالنسبة لتسجيل العقد ".

(طعن رقم ٢٠٥٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٦/١٧)

٢٩٦ ـ ارتداد أثر التأشير بمنطوق الحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة أو التأشير بها استثناء لايجوز التوسع فيه :

ارتداد أثر التأشير بمنطوق الحكم النهائى إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها وارد على سبيل الاستثناء فلا يصح التوسع فيه أو القياس عليه ، فهو مقصور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التى يكسبها الغير على العقار ذاته بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، فإذا كان رافع دعوى صحة التعاقد بعد أن سجل صحيفتها قد طلب الأخذ بالشفعة فى عقار مجاور للعقار موضوع هذه الدعوى كان طلبه على غير أساس لعدم ثبوت ملكيته للمشفوع به وقت طلب الشفعة ، ولأن الأثر الرجعى للتأشير بحكم صحة التعاقد لايفيد ثبوت الملك له من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات ملكية الشفيع للأطيان المشفوع بها والتى لم يسجل عقد مشتراها إلى ما جاء بعريضة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشفوع فيه من أن الشفيع يجاور الأطيان المشفوع بها من حدين وإلى تأشيرة مصلحة الشهر العقارى على عريضتى دعوى صحة التعاقد ودعوى الشفعة فإنه يكون – فضلا عن مخالفته للقانون – قد شابه قصور يبطله ، ذلك أن هاتين العريضتين ليستا فى حد ذاتهما دليلا على الملكية كما أنهما لايبين فيهما سبب هذه الملكية وسندها ، وعقد الشفيع غير مسجل فلا تنتقل الملكية بموجبه وليس يغنى من التسجيل مجرد اتفاقات الخصوم أو أقراراتهم ".

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٨)

٢- (أ) – " من المقرر قانونا أن الشفعة لاتجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه ، وأن الملكية لاتنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع، وأما عقد البيع الذى لم يسجل فلا ينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه " .

(ب) " الأصل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن التسجيل لايترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد ، أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار

أو نقلـــه ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى ، ولا يحتج على ذلــك بأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى أجـــاز بالمادتين ١٥، ١٧ منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد علـــى حقـــوق عينية عقارية ، ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، لأن تقرير هذا الأثر ورد على ســـبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقـــوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، وهو استثناء لايصح التوسع فيه أو القياس عليه " .

(طعن رقم ١٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤)

٣- " مفاد النص فى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ أن تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع لا يكـــون حجة على من ترتبت لهم بعده حقوق على ذات المبيع إلا إذا تم التأشير بالحكم الصادر فى الدعوى على هامش ذلك التسجيل خـــلال خمـــس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا وأن فوات هذا الميعاد دون حصول التأشير يترتب عليه وبقوة القانون زوال حجية أثـــر تســـجيل الصحيفة قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار المبيع فى تاريخ لاحق على تسجيلها " .

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١/١٥)

٢٩٧- ثانيا : حكم التصرفات التى يبرمها المدعى عليه قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها :

تكون جميع التصرفات التى يبرمها المدعى عليه قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها لصالح الغير ، سارية فى مواجهة المدعى إذا كان هذا الغير حسن النية وقام بشهر حقه وفقا للقانون .

ويعتبر الغير سئ النية إذا كان يعلم حقيقة ، أو حكما بالسبب الذى يستند إليه المدعى فى الطعن فى سند المدعى عليه ، حقيقة كما لو كانت الدعوى المرفوعة على المدعى عليه هى دعوى بطلان لعيب من عيوب الرضا وكان الغير يعلم بالعيب الذى يجيز الطعن فى سند سلفه وحكما ، كما لو كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى فسخ لعدم وفاء المدعى عليه (المشترى مثلا) بالثمن فى الأجل المتفق عليه وكان مذكورا فى عقد البيع المسجل أن الثمن مؤجل ، فهنا يفترض علم الغير بسبب الفسخ ولو كان فى الواقع يجهله [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الغير سئ النية فى معنى المادة ٢/١٧ [٢] من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة هو ١٩٤٦ هو الذى كان

---

(١) أنور سلطان ص ٢٠٠ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٣٢٣ ومابعدها.

(٢) كانت المادة (١٧) تنص فى فقرة ثالثة على أن : " ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لايعلم ولايستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه

يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بمـــا يوجـــب فســـخه، أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصـــرف فى العقار المبيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سئ النـــية فى معنى المادة المذكورة لأنه يكون في هذه الحالة قد تعامل مـــع مـــالك حقيقى لاتشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده ، ذلك أنـــه وفقـــا للمادة التاسعة من القانون المشار إليه يجب شهر جميع التصـــرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصـــلية أو نقله أو تغييره أو زواله ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولا تتغير ولا تزول لابين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوء الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . فمن يتعامل مـــع بـــائع على أساس هذا القانون لايصح إهدار أثر سبق تسجيل عقـــده أو عريضـــة دعـــواه استنادا إلى المادة ٢/١٧ من القانون المذكور " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/١٣)

الدعـــوى" وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى . وقد صححها المرسوم الصادر فى ٢٩ سبتمبر بحذفها تصحيحا للنص .

٢- " الـــنص فى الفقرة الأولى من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشـــهر العقـــارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على أن : " يترتب على تســـجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على مـــن ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشـــير بها ، وفى فقرتها الثانية على أن ولا يكون هذا الحق حجة علـــى الغـــير الـــذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . يدل على أن الغير سئ النية فى معنى الفقرة الثانية من تلك المادة هو الذى كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من تعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف فى العقار المبيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سئ النية فى معنى المادة المذكورة لأنه يكون فى هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقى لاتشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلـــم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع ذات العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده " .

(طعن رقم ٣٢٦٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

٣- " .. الغـــير سئ النية فى معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ مـــن قانون تنظيم الشهر العقارى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو الذى كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقده معه بـــأن كـــان يعلم بأن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب

بعيـــب يبطله أو بما يوجب فسخه ، أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنـــه تصـــرف فى العقار المبيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سئ النية فى معنى المادة المذكورة لأنه فى هذه الحالة قد تعامل مع مـــالك حقيقى لاتشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع ذات العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده " .

(طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١/١٥)

(أحكام قانون المرافعات فى الشهر)

(أولاً)

شهـــر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية والطلب العارض وطلب التدخل

٢٩٨ـ النصوص القانونية :

الفقرة الثانية من المادة (٦٥) مرافعات (المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١) [١] :

" ولاتقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها " .

مـــادة (١٢٦ مكررا) مرافعات مضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ : " لايقـــبل الطلـــب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صـــحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر

---

(١) بـــتعديل بعض أحكام القرار بالقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لســـنة ١٩٦٨ والقوانيـــن أرقام ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ و ١٠٧ لسنـــة ١٩٧٦ و١٣٦ لســـنة ١٩٨١ و ٢٢٨ لسنة ١٩٨٩ – وقد صدر القانون فى ١٩٩١/٣/١٣ و نشر بالجريدة الرسمية العدد (١٠ مكرر) فى ذات اليوم وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م١١ من القانون) .

صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة التى أثبت فيه " .

٢٩٩- إيجاب شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية والطلب العارض وطلب التدخل :

رأينا فيما سلف أن المادة (١٥) من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ أوجبت تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، وأوجبت المادة ١٦ من القانون التأشير بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى هذه الدعاوى فى هامش تسجيلها ثم نصت المادة ١٧ على أن يترتب على تسجيل هذه الدعاوى أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى .

أما الفقرة الأخيرة من المادة (٦٥) مرافعات ، فقد رتبت على عدم شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية - كما سنرى تفصيلا - عدم قبول الدعوى ، كما رتبت المادة (١٢٦ مكررا) على عدم شهر صحيفة الطلب العارض أو طلب التدخل أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه ، إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية ، عدم قبول الطلب .

وقد علقت المذكرة الإيضاحية للقانون هذا الحكم بقولها :

" وعلى قاعدة من هذا النظر ، أصدر المشرع المصرى القانون رقـم ١١٤ لســنة ١٩٤٦ بتنظــيم الشهر العقارى ، حيث أوجبت أحكامـــه شهر جميع التصرفات العقارية والأحكام النهائية التى من شـأنها إنشاء أو تقرير حق من الحقوق العينية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وجعل المناط فى انتقال الملكية أو الحق العينى هو إجــراء هذا الشهر الذى لايغنى عنه أى إجراء قانونى آخر يرتبط بهــذا القانون ، ويصبح المنفذ الحقيقى لإنزاله منزلة التطبيق الفعلى للقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر والمعدل بالقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٨٠ .

على أن الظاهرة التى سجلها التطبيق الفعلى للقانونين معا ، هى أنه بالرغم من خطورة الأثر القانونى الذى رتبه القانون رقم ١١٤ لســنة ١٩٤٦ على عدم شهر التصرفات العقارية ، فإن نسبة كبيرة مــن المواطنين تحجم عن إجراء هذا الشهر فى اكتفاء من بعضهم بالمحــررات العرفية ، ولجوء من البعض الآخر منهم إلى القضاء للحصــول على أحكام بصحة ونفاذ هذه المحررات دون تسجيلها ، حتى أن نسبة دعاوى صحة التعاقد كما تكشف عنها الإحصاءات ، تــبلغ لدى كثير من المحاكم أكثر من ٥٠% من مجموع الدعاوى المدنية المنظورة أمامها .

ولا يخفى ما لهذه الظاهرة من آثار سلبية سواء على صعيد المستوى المنشود لاستقرار الملكية العقارية أو على مستوى ما يضيع على الخزانة العامة من موارد كانت تكفل تحقيقها الرسوم المستحقة على الشهر فيما لو تم هذا الشهر ".

وقد طعن فى القضية رقم ٣٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥ مرافعات تأسيسا على أنه قد وضع قيدا على حق المواطن فى اللجوء إلى القضاء بالمخالفة للمادة (٦٨) من الدستور فضلا عن أنه يمس الحرية الشخصية ويناقض مبدأى تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلسة ٢٠٠٠/١١/٤ برفض الدعوى ، وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد (٤٦) فى ٢٠٠٠/١١/١٦ [١].

---

(١) وننشر فيما يلى الحكم المذكور :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠م الموافق ٨ من شعبان سنة ١٤٢١ هـ .

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال .... رئيس المحكمة

وعضـــوية السادة المستشارين : حمدى محمد على وعبد الرحمن نصير والدكـــتور عـــبد المجيد فياض وماهر البحيرى وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله .

وحضور السيد المستشار / عبد الوهاب عبد الرازق ....

رئيس هيئة المفوضين .

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن .... أمين السر

أصدرت الحكم الآتى :

فـــى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٣٣ لسنة ٢١ قضائية " دستورية " .

المقامة من :

السيد / محمد الراوى جاد عبد الجليل .

ضد :

١- السيد / حشمت محمود محمد الشاذلى .

٢- الســـيدة / اعـــتدال محمـــد الوالى عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها القصر .

٣- السيد رئيس مجلس الوزراء .

٤- السيد المستشار وزير العدل .

الإجراءات :

بتاريخ الرابع والعشرين من فبراير سنة ١٩٩٩ ، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالباً الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانـــية مـــن المادة ٦٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظــرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيــث إن الوقائع – حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٧٢١ لسنة ١٩٩٥ مدنى البلينا ضد المدعى عليه الأول، ابتغاء الحكم بصحة ونفاذ عقد بيع أرض زراعية مؤرخ ١٩٨٩/٨/١، وقد تدخلت المدعى عليها الثانية خصماً فى الدعوى طالبة رفضها باعتبارها مالكة لذات العقار. وبتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٨ قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى الأصلية لعدم إشهار صحيفتها إعمالا لحكــم الفقــرة الثانــية مــن المادة (٦٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وبتثبيت ملكية المدعى عليها الثانية لقطعة الأرض موضوع الــنزاع ، فأقام كل من المدعى والمدعى عليه الأول الاستئنافين رقمى ١٤٦ ، ١٦٤ لسنة ١٩٩٧ جرجا حيث دفع المدعى فى صحيفة استئنافه بعــدم دســتورية نص الفقرة الثانية من المادة (٦٥) المشار إليها ، وإذ قــدرت محكمــة الاســتئناف جديــة دفعه وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث إن المادة (٦٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقــانون رقــم ١٣ لسنة ١٩٦٨ – قبل تعديلها بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ – كانت تنص على أن " على المدعى عند تقديم صحيفة دعواه

أن يــؤدى الرســم كــاملا وأن يقدم لقلم كتاب المحكمة صورا من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب ، وعليه أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة " .

ثــم صــدر القــانون رقــم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل بعض أحكام قانون المــرافعات المدنية والتجارية المشار إليه ونص فى المادة الخامسة منه علــى أن " تضــاف إلــى كل من المادتين (٦٥) ، (١٠٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية فقرة جديدة نصها الآتى :

مادة (٦٥ فقرة ثانية) :

" ولاتقــبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهرت صحيفتها " .

وحيث إن المدعى ينعى على نص الفقرة الثانية من المادة (٦٥) المشار إلــيها أنــه قــد وضع قيداً على حق المواطن فى اللجوء إلى القضاء بالمخالفــة للمــادة (٦٨) مــن الدســتور ، فضلا عن أنه يمس الحرية الشخصية ويناقض مبدأى تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون .

وحيــث إن الملكــية وإن كفلها الدستور ، إلا أن تنظيمها – بما لايعطل فحواها، أو يهدر أصلها . أو يفرق أجزاءها ، أو يعطل الحقوق المتفرعة عــنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية – إنما يدخل فى نطــاق السـلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق تقديراً بأن الأصل هو إطلاقها إلا إذا قيدها الدستور بضوابط تحد منها ، وكــان المشرع قد أصدر القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقــارى ناصاً على إخضاع الحقوق العينية العقارية الأصلية سواء فى مجــال إنشــائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لنظام التسجيل ، وكذلك

الأحكـــام النهائية المثبتة لشئ من ذلك ، فإذا لم تسجل انحصرت آثارها في مجرد التزامات شخصية ترتبها فيما بين ذوى الشأن فيها . كما جعل لتســجيل صـــحيفة دعوى صحة التعاقد – كلما كان محلها أحد الحقوق العينية العقارية الأصلية- أثراً هاماً بحيث إذا ما تقرر حق المدعى بحكم واشر به عليها طبقاً للقانون ، صار هذا الحق حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها، باعتـــبار أن انـــتقال تلك الحقوق إلى الأسبق إلى إتمام إجراءات شهرها لايعدو أن يكون ترتيباً منطقيا وعادلاً فيما بين المتزاحمين عليها لتقرير أولاهم وأحقهم في مجال طلبها واقتضائها وحمايتها .

وحيث إن التطبيق العملى أظهر قصور القانون عن تحقيق أهدافه لإحجام الكثـــير من أصحاب الحقوق العينية العقارية عن شهرها اكتفاء باللجوء إلـــى طريق دعاوى صحة التعاقد دون تسجيلها ، وكان المشرع ما قرر نظـــم الشـــهر إلا كفالة للاطمئنان في مجال التعامل في العقار ، تحقيقا للحماية التى يكفلها الدستور لحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق عينية، نـــافذة بطبيعـــتها فـــى حق الكافة ، فقد غدا لازماً – بالتالى – أن ييسر المشـــرع على من يتعاملون فيها العلم بوجودها من خلال شهر الأعمال القانونية التى تعتبر مصدراً لها ، إثباتاً لحقائقها وبياناتها الجوهرية ، فلا يكـــون أمرها خافياً على أولئك المتعاملين ، ومن ثم فقد كان لزاماً على المشـــرع تأكيدا لهذه الحماية أن يتدخل مرة أخرى بالنص المطعون فيه الذى علق قبول دعوى صحة التعاقد على شهر صحيفتها .

وحيـــث إن من المقرر– وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – أن لحق التقاضى غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية التى يناضل

المتقاضـــون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التى أصابتهم من جـــراء العدوان على حقوق يطلبونها ، فإذا أرهقها المشرع بقيود تعسر الحصـــول عليها، أو تحول دونها ، كان ذلك إخلالاً بالحماية التى كفلها الدســـتور لهـــذا الحق، وإنكارا لحقائق العدل فى جوهر ملامحها ، ولما كانـــت شروط قبول الدعوى وثيقة الصلة بالحق فى رفعها ، وغايتها ألا تقبل الخصومة القضائية قبل أوانها ، أبعد انتهاء النزاع فى موضوعها ، أو قبل استيفائها لعناصر تكفل نضجها أو تماسكها واستوائها على سوقها . بحيث تضحى جديرة بتحقيق الغاية المرجوة لحق التقاضى ، فإن تدخل المشرع باعتبار شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد شرطاً لقبولها بهدف الوصـــول بهـــذه الدعـــوى إلى غايتها وحصول المدعى على الترضية القضائية المرجوة المتمثلة فى كفالة الحماية القانونية للحقوق العينية التى يدعيها، لايصادم حق التقاضى الذى كفله الدستور فى المادة (٦٨) منه .

وحيـــث إن دعوى صحة التعاقد تستهدف مواجهة تقاعس المدعى عليه عـــن تســـجيل حـــق من الحقوق العينية العقارية . بتمكين المدعى من الحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد الأصلى ، فإن النص الطعيـــن وقـــد ألـــزمه بشهر صحيفة تلك الدعوى لا يكون قد سلبه حق المفاضـــلة بين تسجيل العقد أو الإبقاء عليه بغير تسجيل ، ومن ثم فإن القول بأنه يفرض قيداً على إرادة المتعاقدين يكون وهما .

وحيـــث إن الـــنص المطعون عليه يخاطب كل من يلجأ إلى رفع دعوى صـــحة الـــتعاقد عن حق من الحقوق العينية العقارية ولايقيم تمييزا بين مراكـــز قانونـــية تـــتحد العناصر التى تكونها ، أو يناقض ما بينها من اتســـاق، بل يظل المخاطبون به متلزمين بقواعد موحدة فى مضمونها

٣٠٠- شروط إعمال الفقرة الثانية من المادة ٦٥ والمادة ١٢٦ مكررا من قانون المرافعات :

يشترط لإيجاب شهر صحيفة الدعوى أو الطلب العارض أو طلب التدخل أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه توافر الشروط الآتية :

(أ) – أن تكون الدعوى المرفوعة، بطلب صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية .

وأن يكون الطلب العارض أو طلب التدخل مجله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية .

وقد يكون الحق العينى حق ملكية ، وعلى رأس الحقوق العينية العقارية الأصلية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار وأهم هذه العقود هو عقد البيع ، فترفع دعوى صحة التعاقد على بيع عقار .

وأثرها ، كما لاصلة له بفرص قائمة تقدمها الدولة يجرى التزاحم عليها، فإن قالة مناقضته لمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص تكون لغواً .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة برفض الدعوى ، وبمصادرة الكفالة ، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر رئيس المحكمة

كما قد يكون الحق العينى أحد الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عـن حـق الملكـية كحق الانتفاع أو حق السكنى أو الاستعمال أو الحكر أو حقوق الارتفاق .

كما قد يكون الحق العينى حقا عينيا تبعيا كالرهن الحيازى .

ولكـن يسـتوى بعد ذلك أن يكون العقد قد تضمن الاتفاق على إنشـاء أحـد هذه الحقوق أو نقله أو تغييره أو زواله ، كما لو اتفق أصـحاب الشأن فى العقد على إنهاء حق ارتفاق أو تفاسخ من عقد بيع عقار سبق تسجيله ، أو على إنهاء حق انتفاع قبل انتهاء مدته .

ولكن يلاحظ فى هذا الصدد أنه إذا كان الحق الذى تضمن العقد المطلـوب الحكم بصحة الاتفاق على انقضائه ، مصدره العقد فإنه يتعيـن أن يكـون هـذا العقد قد سجل قبل إبرام العقد الذى تضمن الاتفـاق على انقضائه ، إذ فى هذه الحالة يكون محل العقد الأخير حقا عينيا عقاريا فيخضع لحكم النص ، أما إذا كان العقد السابق لم يسـجل بعد فإنه وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى لاينشـأ عـنه سوى حق شخصى ومن ثم فإن الاتفاق اللاحق على انقضـاء هـذا الحق أو التفاسخ من العقد الذى تضمن الاتفاق على إنشـائه أو نقلـه أو تغيـيره أو زواله لايكون محله حقا عينيا فلا يخضـع لحكم النص ، وعلى ذلك إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم بصحة التعاقد الذى تضمن الاتفاق على التفاسخ من عقد بيع عرفى

فـــإن هذه الدعوى لاتخضع لحكم النص ويسرى النص على طلب الحكـم بصحة عقد القسمة الاتفاقية العقارية باعتبارها كاشفة لحق عيــنى عقـــارى ، ولكن النص لايسرى على طلب الحكم بصحة الــتعاقد على إنشاء أو نقل أو انقضاء حق شخصى ولو كان محله عقـــارا ولـــو كان مما يجب تسجيله كعقد وفقا لحكم المادة ١١ من قـــانون الشـــهر العقـــارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ عقد إيجار مدته تجاوز تسع سنوات .

كما لايسرى على دعوى طلب تسليم أطيان زراعية لأنها تستند إلى حق شخصى [(١)].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) – " الــنص فـــى المادة ٣٢ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن السجل العينى على أن " الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقـــارى أو بصـــحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجـــب أن تتضـــمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العيـــنى ، ولاتقـــبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول

---

(١) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الجـــزء الأول الطـــبعة الثالثة ١٩٩٥ ص ٤٧٦- الدكتور أحمد مليجى التعليق على قانون المرافعات الطبعة الثالثة جـــ١ ص ٤٠٧ وما بعدها .

التأشـــير فى السجل بمضمون هذه الطلبات" والنص فى المادة ٢٠٦ مـــن القـــانون المدنـــى على أن " الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالـــتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم " يدل على أن المشرع فرض على المدعى اتخاذ إجراء معين هو تضمين الطلبات الواردة فى صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى والتأشير فى السجل العيني بمضمون الطلبات فـــى الدعـــوى وتقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المـــتقدم الذكر وذلك فى الدعاوى المتعلقة بحق عينى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها وأن دعوى التسليم تستند إلـــى حـــق شخصى وبالتالى فهى ليست من الدعاوى المتعلقة بحق عيـــنى ، ولمـــا كان هذا الإجراء الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المدعى لا صلة له بالصفة أو المصلحة فيها ولايتعلق بالحق فـــى رفعها وإنما هو قيد مؤقت إن اتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفـــع الدعـــوى استقامت وبالتالى فإنه يخرج من نطاق الدفع بعدم القبول المنصوص عليه فى المادة ١١٥ مرافعات ويعد دفعا شكليا . لمـــا كـــان ذلـــك وكان يشترط لإعمال هذا القيد أن تكون الدعوى مـــتعلقة بحق عينى انصبت عليه الخصومة فيها ومن ثم فلا يكون

هـناك محل لإعمال هذا القيد على رفع الدعوى إذا كان المطروح فيها على المحكمة طلبا آخر .

(ب) – " إذا كان الطلب المطروح فى النزاع الماثل هو طلب تسـليم الأطـيـان الزراعـيـة محـــل عقـدى البيع الابتدائيين المـؤرخين ١/٢/١٩٧٦، ١٧/٢/١٩٨٠ (الدعوى تستند إلى حق شخصـى وبالـتالى فهى ليست من الدعاوى المتعلقة بحق عينى) ومن ثم فإنها لاتخضع للقيد الوارد فى المادة ٣٢ من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن السجل ا لعينى وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا الـنظر وألغـى حكـم أول درجة بعدم قبول الدعوى لعدم تسجيل صـحيفتها فإنــه يكون قد أصاب صحيح القانون إلا أنه كان عليه إعـادة الدعوى إلى مجكمة أول درجة لنظر موضوعها والذى لم تقـل بعد كلمتها فيه حتى لايفوت علي الخصوم درجة من درجات التقاضـى وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وفصل فى موضوع الدعوى فإنه يكون معيبا " .

(طعن رقم ١١٩٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٩/٦/٢٠٠٢)

وترتيبا على ذلك لايخضع لحكم النص التصرفات الآتية :

١- التصـــرفات الصادرة من جانب واحد كالوصية أو الوقف فهى تصرفات مردها الإرادة المنفردة .

٢- التصـــرفات الكاشــفة الصـــادرة من جانب واحد ومثالها الإقرار للغير بملكية عقار أو إقرار العقد الصادر من الغير كإقرار المـــالك الحقــيقى بإجـــازة العقـــد الصادر فى حالة بيع ملك الغير وكالإقـــرار الصـــادر بإجـــازة العقد القابل للإبطال ، ويراعى فى الإقـــرار أن يكـــون إقرارا حقيقيا بالمعنى القانونى ، وليس تصرفا منشئا مستترا فى صورة إقرار.

كما أن إقرار الغير بتصرف محله عقد لايخضع للنص إذا كان العقـــد موثقا أو سبق صدور حكم بصحته إذ هذه الحالة لن تتناول الدعـــوى ذلـــك العقـــد أما إذا كانت دعوى صحة الإقرار تتضمن التعرض لصحته فإنه يجب شهر صحيفتها .

٣- دعاوى الطعن فى التصرفات : كدعوى بطلان العقد لأى سبب من أسباب البطلان المطلق كانعدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشـــروعية المحـــل أو السبب ودعاوى البطلان النسبى كدعاوى الـــبطلان للغلـــط أو التدلـــيس أو الإكـــراه أو الاستغلال أو لنقص الأهلية ودعاوى صورية العقود .

٤- دعاوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين ، ودعاوى الانفساخ.

٥- دعاوى حل الشركة .

فجميع هذه الدعاوى لايشترط لقبول الدعوى شهر صحيفتها لأنها إما أنها ليست عقدا وأما لأن المطلوب فيها ليس إثبات صحة التعاقد . إلا إذا أبدى فيها طلب عارض أو تدخل هجومى إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية [١].

(ح) أن تكون هناك دعوى مرفوعة بطلب الحكم بصحة التعاقد بالشروط سالفة الذكر ، أو أقيمت دعوى فرعية من المدعى أو المدعى عليه فى دعوى قائمة ، أو ممن تدخل هجوميا فى الدعوى أى يجب أن يكون هناك طلب مقدم إلى المحكمة بالطريق القانونى بطلب الحكم بصحة التعاقد .

---

(١) المستشار يحيى اسماعيل دعوى صحة التعاقد فى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بحث منشور بمجلة القضاة السنة ٢٥- العدد الأول يناير- يونيو ١٩٩٢ ص٦٥- المستشار مصطفى مجدى هرجه الموسوعة القضائية الحديثة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية المجلد الأول الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٠ ص ٨٠٥ وما بعدها.

وفى هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه :

" ... فلم يعد من الجائز التوجه إلى القضاء بأى طلب يستهدف الحكـــم بصحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلب ، سواء فى ذلك اتخذ الطلب شكل دعوى مبتدأة أو قـــدم كطلـــب عارض ، أو طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة ... الخ " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الـــتعديل الحاصل بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فـــى مادتـــه الخامســـة على كل من المادتين ٦٥، ١٠٣ من قانون المرافعات بإضافة فقرة جديدة إلى كل منهما تنص فى أولاهما على أنـــه " ولا تقـــبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقاريـــة إلا إذا شهرت صحيفتها" وفى ثانيهما على أنه " ومع ذلك فـــإذا كـــان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد علـــى حـــق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا علـــيه – كتابة أو شفاهة – بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكـــتوب أو صـــورة رســـمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفـــاق " هذا التعديل وقد ورد بقانون واحد وتضمنته مادة واحدة– هى المادة الخامسة – من مواد القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ المشار إليه كان رائدة غاية واحدة وهى – وعلى ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية – خدمة الغرض الذى تغياه المشرع من حث لأصحاب

الشأن على التوجه إلى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هـذا الطريق الذى قرره القانون برفع دعاوى صحة التعاقد فلم يعد مـن الجائـز التوجه إلى القضاء بأى طلب يستهدف الحكم بصحة الـتعاقد علـى حـق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلـب، سـواء فـى ذلك اتخذ شكل دعوى مبتدأة أو قدم كطلب عـارض أو طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة أو كان طلـبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ردد شفاهة فى الجلسة " .

(طعن رقم ٤٦٨٥ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨)

٢- (أ)- " وجـوب شـهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حـق مـن الحقـوق العينية العقارية ، أو أى طلب يستهدف الحكم بصـحة التعاقد على حق من تلك الحقوق ، سواء اتخذ شلك دعوى مبـتدأة أو قـدم كطلب عارض أو كان طلباً بإثبات اتفاق الخصوم علـى صـحة الـتعاقد على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ردد شفاهة وأثبت فى محضر الجلسة . جزاء عدم اتخاذ هذا الإجراء . عدم قبول الدعوى. المواد٣/٦٥، ٢/١٠٣، ١٢٦ مكرر مرافعات .

(ب) – " الـنص فى الفقرة الثالثة من المادة (٦٥) من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ على أن " ولاتقبل دعـوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشـهرت صـحيفتها " والفقـرة الثانية من المادة (١٠٣) من ذات

ـانون على أن " ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية ، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه – كتابة أو شفاهة – بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق " والنص فى المادة (١٢٦) مكرر من ذات القانون أيضا على أن " ولايقبل الطلب العارض ، أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه " يدل على أن المشرع فرض على المدعى اتخاذ إجراء معين هو شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية أو أى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من تلك الحقوق ، سواء اتخذ الطلب شكل دعوى مبتدأة ، أو قدم كطلب عارض من أحد طرفى الدعوى ، أو من طالب التدخل فى دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على صحة التعاقد على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ردد شفاهة وأثبت فى محضر الجلسة ووضع جزاء على عدم اتخاذ هذا الإجراء هو عدم قبول الدعوى " .

(طعنان رقما ٨٢٩ ، ١١٨٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٣)

أما إذا كان المطروح على المحكمة طلب آخر غير صحة التعاقد واقتضى الأمر من المحكمة التصدى لصحة العقد كمسألة

أولية فى دعوى مرفوعة أمامها ، كدعوى بطلب تسليم عقار نفاذا لعقـد رهـن حيازى أو نفاذا لعقد بيع أو بطلب ريع أو تمكين من الانـتفاع أو السـكنى وغـير ذلك من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية. .

فقـد ذهـب رأى إلــى أنه يجب فى هذه الحالة شهر صحيفة الدعوى قبل الحكم فيها [1].

بينما ذهب رأى آخر – نؤيده – إلى أنه لايلزم – فى هذه الحالة شهر الصحيفة استنادا إلى ما يأتى :

(١) أن نــص الفقرة المستحدثة استثنائى فلا يجوز التوسع فى تفسـيره ، وقـد اقتصر النص على دعوى صحة التعاقد التى ترفع بطلب الحكم بصحة العقد .

(٢) أن المــادة ١٥ مــن قانون تنظيم الشهر العقارى أجازت تسـجيل صــحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية وأوجبــت المادة ١٦ منه التأشير (بمنطوق) الحكم النهائى الصادر فــيها علــى هامش تسجيل الصحيفة ، وقضاء المحكمة فى المسألة الأولــية لايرد فى المنطوق إلا إذا كان أحد طرفى الدعوى قد قدم فى هذا الشأن طلبا عارضا .

---

[1] المستشار يحيى اسماعيل ص ٦٧ .

(٣) أنـــه لايجـــوز تعليق قبول الدعوى على أمر مستقبل غير محقـــق الوقـــوع ولا دخل لإرادة المدعى فيه وهو احتمال منازعة المدعى عليه[1] .

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الأخير إذ قضت بأن :

١- " (أ) إذ كان يشترط لإعمال هذا القيد (قيد الشهر الوارد فى المواد ٣/٦٥، ٢/١٠٣، ١٢٦ مرافعات) أن يكون المطلوب فى الدعوى الحكم بصحة تعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية ، وأن يكـــون هناك طلب مقدم إلى المحكمة بالطريق القانونى بذلك، ســـواء أبدى هذا الطلب بصفة أصلية فى صورة دعوى مبتدأة أو أبـــدى فـــى صورة طلب عارض فى دعوى قائمة من المدعى أو المدعى عليه فيها ، أو ممن يتدخل فيها مطالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى، وبالتالى فلا يكون هناك محل لإعمال هذا القيد على رفع الدعوى إذا كان المطروح فيها على المحكمة طلب آخر غير صحة التعاقد، ولو اقتضى الأمر للفصل فيه التعرض لصحة العقد كمسألة أولـــية يجـــب علـــى المحكمـــة الفصل فيها قبل الفصل فى الطلب المطـــروح عليها ، ذلك أنه لاشبهة فى أن النصوص التى وضعت هذا القيد على رفع الدعوى نصوص استثنائية لأنها تضع قيداً على حق اللجوء إلى القضاء، وهو الحق الذى كفله الدستور للناس كافة،

---

[1] محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٧ – أحمد مليجى ص ٤٠٩ .

وهـــو لذلـــك يتأبى على القيود ويستعصى عليها ، وبالتالى لايجوز القـــياس علـــيه أو التوسع فى تفسيره، والقول بغير ذلك يؤدى إلى نتائج غير مقبولة عملا إذ معناه ضرورة تسجيل صحيفة كل دعوى بطلب تنفيذ التزام من الالتزامات الناتجة عن عقد من العقود الواردة علـــى حـــق عيـــنى عقـــارى وهى متعددة مثل طلب البائع إلزام المشـــترى بســـداد ثمن المبيع أو الباقى منه أو طلب المشترى تنفيذ الـــتزام الـــبائع بضـــمان التعرض، يضاف إلى ذلك أن ما يجرى التأشـــير به على هامش تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إعمالا لحكم المادة (١٦) من قانون الشـــهر العقـــارى رقـــم ١١٤ لســـنة ١٩٤٦ هو منطوق الأحكام الصـــادرة من هذه الدعاوى والقضاء فى المسألة الأولية لايرد فى المنطوق إلا إذا كان محل طلب من الخصوم " .

(طعنان رقما ٨٢٦، ١١٨٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٣)

٢- " إذ كـــان الطلـــب المطروح فى الدعوى الماثلة هو طلب تســـليم العقـــار محل عقد البيع الابتدائى المؤرخ ... (شقة) ومن ثم فإنهـــا لاتخضع للقيد الوارد فى المواد فى المواد ٣/٦٥، ٢/١٠٣، ١٢٦ مكـــررا من قانون المرافعات ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هـــذا النظر، وألغى حكم محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لعدم تسجيل صحيفتها ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون إلا أنه كان يجـــب علـــيه إعادة الدعوى إليها للنظر فى موضوعها الذى لم تقل

بعـد كلمـتها فـيه حتى لايفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضـي ، وإذ خـالف الحكـم المطعون فيه ذلك وتصدى لنظر موضوع الدعوى وفصل فيه فإنه يكون معيبا " .

(طعنان رقما ٨٢٩، ١١٨٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٣)

(د) أن يكون المال محل الحق العينى موضوع التعاقد المطلوب الحكـم بصـحته عقارا فلا يسرى النص على طلب الحكم بصحة الـتعاقد علـى إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق عينى أصلى أو تبعى على منقول كعقد بيع أو رهن سيارة أو محل تجارى ليس من بين عناصره عقار[1] .

٣٠١ ـ متى يتم شهر الصحيفة ؟

لم تحدد الفقرة الثانية من المادة (٦٥) مرافعات وقتا معينا يتعين أن تشهر فيه الصحيفة .

ومـن ثـم فإنـه يجـوز شهر الصحيفة قبل قيد الدعوى وقبل إعلانهـا، أو بعـد قـيدها وإعلانها على حد سواء ، طالما كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة ولم يقفل فيها باب المرافعة[2].

وقـد رأينا سلفا أنه رغم أن المادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقـارى أوجبت إعـلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة

---

[1] أحمد مليجى ص ٤٠٨ .

[2] الدكـتور أحمـد هـندى قانون المرافعات المدنية والتجارية الجزء الثانى ١٩٩٥ ص ٢٣ وما بعدها – محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٨ .

قـــبل شهرها ، فقد قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٦ فـــى الطعـــن رقم ٦٦٤ لسنة ٥٥ ق بأن القانون لم يرتب جزاء البطلان لمخالفة ذلك .

ومن ثم فإن المحكمة تكون ملزمة بمنح المدعى الأجل المناسب لشهر صحيفته [١].

ويكـــون هذا أكثر وضوحا إذا كان طلب صحة التعاقد قد أبدى بإثباته بمحضر الجلسة فى حالة تقديم طلب عارض أو التدخل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمـــا كـــان هـــذا الإجراء (إجراء الشهر المنصوص عليه فى المـــواد ٢/٦٥، ٢/١٠٣ ، ١٢٦ مكررا من قانون المرافعات) الذى أوجـــبه القـــانون وحتى تسمع دعوى المدعى لا صلة له بالصفة أو المصـــلحة فيها ولايتعلق بالحق فى رفعها ، وإنما هو قيد مؤقت إن اتخـــذ ولو **فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى استقامت** ، وبالتالى، فإنه يخرج من نطاق الدفع بعـــدم القبول المنصوص عليه فى المادة (١١٥) مرافعات ويعد دفعا شكليا " .

(طعنان رقما ٨٢٩، ١١٨٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٣)

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٨ .

٣٠٢ ـ هل يجوز للمحكمة توقيع أحد الجزاءات المنصوص عليها فى المادة ٩٩ مرافعات إذا لم يشهر المدعى صحيفة دعواه رغم تأجيل الدعوى لذلك ؟

تنص المادة ٩٩ مرافعات على أن :

" تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة بغرامة لاتقل عن عشرين جنيه ولاتجاوز مائتى جنيه ويكون ذلك بقرار يكتب فى محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية . ولايقبل الطعن فيه بأى طريق ولكن للمحكمة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا .

ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة تجاوز شهرا بعد سماع أقوال المدعى عليه .

وإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعى السير فى دعواه خلال الخمسة عشر يوما التالية لانتهائها ، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن " .

ومـــن ثـــم يجـــوز للمحكمة أن تقضى بتغريم المدعى أو وقف الدعـــوى إذا لـــم يقم بشهر دعواه بعد أن أجابته إلى طلب التأجيل لاتخاذ هذا الإجراء [١].

٣٠٣ـ جزاء عدم شهر صحيفة الدعوى :

جـــزاء عـــدم شهر صحيفة الدعوى ، هو عدم قبول الدعوى ، وجـــزاء عدم شهر الطلب العارض أو طلب التدخل هو عدم قبول الطلب .

وقـــد ورد نـــص صريح على هذا الجزاء فى الفقرة الثانية من المادة ٦٥ ، والمادة ١٢٦ مكررا من قانون المرافعات .

ولمـــا كـــان عدم القبول شرطا لقبول الدعوى أو الطلب، وليس شـــرطا لقـــيد الدعـــوى ، فـــلا يجوز لقلم الكتاب الامتناع عن قيد الصـــحيفة أو الطلـــب ، وإلا خضـــع الموظف المختص للمساءلة الإدارية .

والدفـــع بعـــدم القبول لعدم الإشهار هو فى حقيقته دفع ببطلان الإجـــراءات موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها ، وبهذه المثابة يكـــون مـــن الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول الموضوعى، فـــدور المحكمـــة عـــند الفصـــل فيه قاصر على التحقق من شهر

---

[١] محمـــد كمـــال عـــبد العزيـــز ص ٤٧٨ – وعكس ذلك المستشار يحيى اسماعيل ص ٧٠، ويرى أن المحكمة يكون لها فقط أن تحكم فى الدعوى بحالتها .

الصـــحيفة مـــن عدمه ، ومن ثم فهى لاتتصل بشئ من خصائص المصلحة فى الدعوى ولاتتعرض لأى عنصر من عناصرها .

وبالبـــناء علـــى ذلك فإن الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم إشهار الصـــحيفة لاتســـتنفذ بـــه محكمة أول درجة ولايتها ، لأنها لم تقل كلمتها فى الموضوع الأمر الذى يوجب على محكمة الاستئناف عند إلغائهـــا حكـــم محكمة أول درجة أن تعيد إليها الدعوى للفصل فى موضوعها دون أن تتصدى لهذا الفصل تفاديا من تفويت درجة من درجـــات التقاضى على الخصوم وهى من المبادئ الأساسية للنظام القضائى والمتعلقة بالنظام العام [١].

والقضـــاء بعـــدم القـــبول يقتصـــر أثره على إلغاء إجراءات الخصـــومة التى صدر فيها ويجوز لصاحب المصلحة إقامة دعوى جديـــدة يتجنـــب فيها العوار الذى شاب الإجراءات ، دون أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها .

وهـــذا الدفـــع يـــتعلق بالنظام العام ، إذ يستهدف تنظيم الملكية العقاريـــة لتحقـــيق مصلحة عامة اجتماعية واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد .

---

[١] المستشار يحيى اسماعيل ص ٦٩ – المستشار مصطفى مجدى هرجه ص ٨٠٨ .

ومـــن ثم يجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصم [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لمـــا كـــان هذا الإجراء (إجراء الشهر المنصوص عليه فى المـــواد ٢/٦٥، ٢/١٠٣، ١٢٦ مكررا من قانون المرافعات) الذى أوجـــبه القـــانون وحتى تسمع دعوى المدعى لا صلة له بالصفة أو المصلحة فيها ولا يتعلق بالحق فى رفعها ، وإنما هو قيد مؤقت إن اتخـــذ ولـــو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى استقامت وبالتالى ، فإنه يخرج من نطاق الدفع بعدم القبول المنصوص عليه فى المادة (١١٥) مرافعات ويعد دفعا شكليا ".

(طعنان رقما ٨٢٩ ، ١١٨٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/١٣)

٣٠٤ـ تحصيل أمانة قضائية مؤقتا عند الشهر :

تـــنص المـــادة (٢٤ مكررا) من القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشـــأن رسوم التوثيق والشهر المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ على أن :

" تحصـــل مؤقتا – عند شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد على حقـــوق عينية عقارية أو عند شهر طلب عارض أو طلب تدخل أو طلب إثبات اتفاق يتضمن صحة التعاقد على حق من هذه الحقوق–

---

[١] أحمد هندى ص ٢٣ وما بعدها – محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٨ .

أمانة قضائية تورد لخزينة المحكمة المختصة على ذمة شهر الحكم الـــذى يصدر فى الدعوى أو الطلب مقدارها ٢٥% من قيمة الرسم النســبى الذى يستحق على شهر الحكم طبقا للقواعد الواردة بالمادة ٢١ مـــن هذا القانون ، وتخصم قيمة هذه الأمانة من الرسم النسبى المستحق عن ذلك الشهر .

وفـــى حالـــة القضـــاء نهائيا برفض الدعوى أو عدم قبولها أو اعتبارها كأن لم كن أو تركها أو سقوط الخصومة فيها أو فى حالة عـــدم شهر الحكم لتخلف أحد الشروط اللازمة قانونا لشهره والتى لادخـــل لإرادة طالب الشهر فيها ، يمحى ما تم من شهر ، ويعتبر كأن لم يكن ، وترد الأمانة بغير رسوم " .

وقـــد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون فى تبرير تحصيل هذه الأمانة ما يأتى :

" وعلـــى صـــعيد آخـــر ، وفى مجابهة لظاهرة إحجام أغلب المتعامليـــن فـــى الحقـــوق العينـــية العقارية ، وخاصة عقود بيع العقارات، عن تسجيل الحقوق التى تلقوها ولجوئهم إلى طريق رفع دعاوى صحة ونفاذ العقود المبرمة بشأن هذه التصرفات ، مما أدى إلى تضخم أعداد هذا النوع من القضايا حتى أن المنظور منها أمام المحـــاكم الابتدائية بلغ قرابة ٥٠% من مجموع القضايا المطروحة عليها كما سلف البيان بما يحمله هذا الأمر من آثار سلبية سواء فى تـــزايد أعداد القضايا أمام المحاكم فيما لا يمثل فى أغلبه خصومة

حقيقـية يتعيـن على القضاء الفصل فيها ، أو فيما يؤدى إليه عدم تسجيل هذه التصرفات من ضياع الرسوم الواجبة المستحقة للدولة ، أو فـيما يشـيعه عدم تسجيل هذه التصرفات من زعزعة فى أسس الملكية العقارية .

واستهدافا لعلاج ذلك كله فقد اتجه المشروع إلى إضافة نص جديـد إلـى القـانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن رسوم توثيق والشـهر برقم ٢٤ مكررا يوجب على المدعى عند تسجيل صحيفة دعـوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية أو عند شهر طلب عـارض أو طلب تدخل أو طلب إثبات اتفاق يتضمن صحة التعاقد علـى حـق مـن هذه الحقوق أداء ٢٥% من قيمة الرسم النسبى المستحق طبقا لقواعد التقدير الوارد فى المادة ٢١ من ذات القانون ويورد هذا المبلغ إلى خزينة المحكمة المختصة كأمانة قضائية على ذمـة شـهر الحكـم الذى يصدر فى الدعوى أو الطلب ، على أن يجـرى خصـم المبلغ من قيمة الرسم النسبى المستحق على شهر التصرف بعد صدور الحكم وقيامه بشهره ... إلخ " .

ويبين من هذه المادة ما يأتى :

(أ)- أنه يجب على من يرفع دعوى صحة تعاقد على حق من الحقـوق العينية العقارية أو التقدم بطلب عارض أو طلب تدخل أو إثـبات التصالح فى حق من الحقوق المرفوعة به الدعوى أن يسدد

للشهر العقارى أمانة قضائية مقدارها ٢٥% من قيمة الرسم النسبى الذى يستحق على شهر الحكم أو الطلب.

(ب) - يكــون أداء هــذه الأمانــة بعــد قيد الدعوى بجدول المحكمــة، ثــم تقديم الصحيفة إلى مكتب الشهر العقارى المختص لتقدير قيمة الأمانة ، وتودع الأمانة خزينة المحكمة .

(ج)- أن هذه الأمانة تخصم من الرسم النسبى المستحق على الشهر إذا قضى بصحة العقد وقام المدعى بشهره .

(د)- ترد هذه الأمانة إلى من دفعها فى الحالات الآتية :

١- إذا قضى برفض الدعوى أو بعدم قبولها .

٢- إذا قضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

٣- إذا قضى بترك الخصومة فى الدعوى .

٤- إذا قضى بسقوط الخصومة فى الدعوى .

٥- إذا لم يتم شهر المحرر لتخلف أحد الشروط اللازمة قانونا لشهره ، والتى لا دخل لإرادة طالب الشهر فيها .

ويشترط لاسترداد الأمانة فى الحالات الأربع الأولى أن يكون الحكــم نهائــيا ، إما لأنه فى حدود النصاب النهائى للمحكمة التى أصــدرته ، أو لفــوات مــيعاد الاســتئناف ، أو لاستنفاذ الطعن بالاستئناف .

أمــا فى الحالة الخامسة ، فلا ترد الأمانة إلا إذا لم يتم شهر المحــرر بســبب تخلــف شرط من الشروط التى يتطلبها القانون

لشهره. ويضرب البعض مثلا لذلك بأن يتبين أن البائع لايملك المبيع وكان المشترى قد خفى عليه ذلك ، أما إذا كان يعلم فلا يسترد الأمانة[١] .

بينما يرى البعض الآخر – بحق – أن هذا القول محل نظر لأن علم المشترى بعدم ملكية البائع للمبيع لم يكن هو سبب عدم إتمام الشهر ثم أن بيع ملك الغير هو بيع صحيح بين طرفيه وقد يكون المشترى قد أقدم على الشراء فى ظل احتمال انتقال ملكية إلى البائع [٢].

ويلحق البعض – بحق– إلى أسباب رد الأمانة سالفة الذكر ، كل حالة تنقض فيها الخصومة فى الدعوى بغير حكم بصحة التعاقد كالشأن فى انقضاء الخصومة أو ببطلان الصحيفة أو بطلان الحكم الصادر فيها أو بعدم الاختصاص بنظر الدعوى دون إحالتها إلى محكمة أخرى [٣].

والأمانة هى التى ترد فقط ، أما الرسوم فلا ترد .

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة سنة ١٩٩٢ ص ٣١٧ –أحمد مليجى ص ٦٥ .

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٩ .

(٣) محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٩ .

٣٠٥ ـ النطاق الزمنى لسريان الفقرة الثانية من المادة (٦٥) والمادة (١٢٦ مكررا) مرافعات :

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات على أنه : " تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الإجراءات بل تاريخ العمل به " .

كما تنص المادة الثانية من القانون المذكور على أن : " كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك " . ومفاد ذلك سريان قوانين المرافعات بأثر فورى على ما لم يكن قد تم من إجراءات ، وأن أى إجراء تم صحيحا فى ظل القانون القديم يبقى صحيحا فى ظل القانون القانون الجديد حتى ولو كان هذا القانون الأخير يعتبره باطلا .

وعلى ذلك فإن شرط الشهر يسرى على الدعاوى والطلبات العارضة وطلبات التدخل الذى تقدم بعد العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتاريخ ١٩٩١/٣/١٤ ، أما الدعاوى والطلبات التى قدمت قبل هذا التاريخ فلا تخضع للشهر .

أما إذا كانت الدعوى قد رفعت قبل هذا التاريخ ، ولكن أبدى الطلب العارض أو طلب التدخل بعده . فإنه يخضع للشهر [١].

---

(١) المستشار يحيى اسماعيل ص ٦٧ وما بعده – محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٥ – الدناصورى وعكاز ص ٦٥ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة والستين من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ على أن "لاتقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها " . بما مفاده أن المشرع اشترط لقبول دعوى صحة التعاقد شهر صحيفتها إلا أنه لما كان من الأصول الدستورية المقررة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أحكام القوانين لاتسرى إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لايترتب عليها أثر فيما وقع قبلها مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع ، إذ يحكم هذه وتلك القانون الذى كان معمولا به وقت وقوعها إعمالا لمبدأ عدم رجعية القوانين ، ومن ثم فقد نصت المادة الثانية من قانون المرافعات على أن " كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص القانون على غير ذلك ... " وإذ كان ما استحدثه المشرع من إضافة فقرة أخيرة إلى المادة الخامسة والستين من القانون سالف الذكر بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ واشترط شهر عريضة الدعوى بصحة ونفاذ أى تصرف من التصرفات العينية العقارية وهو ما لم يكن مقررا من قبل ، ومن ثم فإنه لا يسرى إلا من تاريخ نفاذه فى ١٩٩١/٣/١٤ على الوقائع

والإجراءات والمراكز القانونية التى نشأت فى ظله دون أن ينسحب إلى تلك التى نشأت فى ظل القانون السابق " .

(طعن رقم ٦٨١٩ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٨/٥/٢٧)

٢- " دعــوى صـــحة الـــتعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية. عدم قبولها إلا إذا شهرت صحيفتها . م ٣/٦٥ مرافعات ، المضافة بق ٦ لسنة ١٩٩١ . عدم سريان ذلك على الدعاوى التى أقيمت قبل صدور القانون الأخير . علة ذلك " .

(طعن رقم ٤٢٤٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/١١/١١)

(ثانيــا)
شهر الصلح فى دعوى صحة التعاقد
على حق من الحقوق العينية العقارية

٣٠٦ ـ النص القانونى :

الفقرة الثالثة من المادة ١٠٣ مرافعات المضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ :

" ومــع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق مـــا اتفقوا عليه – كتابة أو شفاهة– بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفـــاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق " .

٣٠٧ ـ الحكم الوارد بالنص :

مقتضـــى الفقـــرة الثالـــثة مـــن المادة ١٠٣ مرافعات المضافة بالقـــانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ أنه فى حالة رفع دعوى صحة تعاقد علـــى حق من الحقوق العينية العقارية وأراد الطرفان التصالح أمام المحكمة بشأنه ، فإن عليهما أن يشهرا عقد الصلح إن كان مكتوبا وصـــورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الصلح إن كان قـــد تـــم شفاهة وحينئذ تلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى لتمكينها من الشهر ، إلا إذا كان الصلح مكتوبا وتم شهره قبل تقديمه .

فـإذا لـم يتم الشهر امتنع على المحكمة التصديق على محضر الصـلح وتقضـى بعدم قبوله . وإنما يجب عليها المضى فى نظر الدعـوى ، ولهـا أن تتخذ عقد الصلح المكتوب أو الصلح المثبت بمحضـر الجلسة سندا تقضى بمقتضاه فى الدعوى ، لأن المحظور علـى المحكمـة هـو التصديق على الصلح . وعندئذ يكون الحكم الصادر فى الدعوى كسائر الأحكام فى خضوعها لأحكام الطعن.

وينطـبق هذا الحكم سواء رفعت دعوى صحة التعاقد فى شكل دعـوى مبتدأة ، أو قدمت كطلب عارض أو طلب انبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ورد شفاهة فى الجلسة .

ويسـرى هـذا الحكـم ابتداء من العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتاريخ ١٩٩١/٣/١٤ .

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أنه يغنى عن شـهر الصـلح ، أن تكون صحيفة الدعوى بصحة التعاقد قد سبق شـهرها ، ولـم يتضـمن الصـلح غير ذات الطلبات الواردة فى الصحيفة المشهرة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التى شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره .

إذ ذهبت إلى أن :

" إذا كـان هـذا الـتعديل الـوارد على النصين المشار إليهما (التعديل الحاصل بمقتضى القانون ٦ لسنة ١٩٩١ فى مادته الخامسة

على كل من المادتين ٦٥، ١٠٣ من قانون المرافعات بإضافة فقرة جديـــدة إلى كل منهما) ... تدل إشارته - وإن لم تفده عبارته على أن شهر الاتفاق على صحة التعاقد على حق من الحقوق آنفة البيان (الحقوق العينية العقارية) لايجب ولايلزم مادامت صحيفة الدعوى بصحة هذا التعاقد قد سبق شهرها ولم يتضمن هذا الاتفاق غير ذات الطلــبات الواردة فى الصحيفة المشهرة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التى شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره إذا أن دلالة الإشارة باستقراء أساليب اللغة العربية وما قدره علماؤها- هـــى دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم من عبارته غير مقصود مـــن ســـياقه يحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناة حسب ظهور وجه الـــتلازم وخفائه . والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة النص علـــى هذا النحو من الدلالات المعتبرة فى فهم النصوص لأن دلالة النص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالنص الصريح بل هو قد يدل أيضا على معان تفهـــم من إشارته ومن قضائه وكل ما يفهم منه المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويكون النص دليلا وحجة علـــيه ويجب العمل به وإذ لم يفطن الحكم المطعون فيه إلى المعنى المفهـــوم مـــن هذا التعديل الحاصل للمادتين ٦٥، ١٠٣ من قانون المرافعات المشار إليه ووقف به عند دلالة عبارة نص المادة ١٠٣ وحده من وجوب شهر الاتفاق فى كل حال دون أن يمعن التأمل فى

المعـــنى اللازم للمعنى المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة ٦٥ حســبما ســلف إيضاحه ومع ما ليس فى المعنى المتبادر من عــبارة أى مـــنهما مــا يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائى الذى رفض التصديق على الصــلح المقــدم مــن أطراف النزاع لعدم شهره رغم سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وعدم انطواء اتفاق الصلح على حقوق غــير ذلك التى تضمنتها هذه الصحيفة المشهرة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٦٨٥ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨) [1]

---

(١) وعكــس ذلك المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص ٣٨٤ وما بعدها – الدكتور أحمد مليجى ص٨٤٧ ، إذ يرون أنه لا يغنى عــن شــهر الصلح سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٦٥ من قانون المرافعات ولايجوز التحدى بأن الحكمة مــن شهر محضر الصلح تكون منتفية فى هذه الحالة ، لأن شهر صحيفة الدعــوى دون شهر محضر الصلح ليس من شأنه نقل الملكية التى كانت هدف الشارع .

ويلاحــظ أن مصلحة الشهر العقارى والتوثيق سبق أن أصدرت المنشور رقــم ١٦ فـــى ١٩٩١/١١/١٧ بعــدم المطالبة بشهر طلبات الصلح فى الدعاوى التى سبق شهر صحيفتها . وقد جرى نص هذا المنشور على ما يأتى :

" إلحاقــا بالمنشــورات الفنية أرقام ٢، ١١ لسنة ١٩٩١ – المذاعة بشأن أحكام القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم

ولما كـان التعديل الذى صدر به القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ يـتعلق بتنظـيم الملكية العقارية ، ويستهدف تحقيق مصلحة عامة اجتماعـية واقتصـادية تـتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصـالح الأفـراد ، فإنـه يكون متعلقا بالنظام العام مما مؤداه أن تتصـدى المحكمة للدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها . فإذا تبين لها عدم إتمام إجراءات الشهر قضت ومن تلقاء نفسها بعدم قبول طلب التصديق على محضر الصلح .

٣٠٨ـ التصرفات والأحكام الكاشفة فى قانون السجل العينى :

تنص المادة ٢٧ من قانون السجل العينى على أن :

---

٧٠ لسـنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون المرافعات المدنية والـتجارية وتأكـيدا لما سبق إذاعته من تعليمات بالمنشور الفنى ٢ لسنة ١٩٩٢ فقـد أخطرنا السيد المستشار مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بصـورة الكـتاب الـدورى رقم (١٨) لسنة ١٩٩١ المذاع على المحاكم والـذى تضمن التعليمات التى تقضى بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح الـتى تقـدم من الخصوم فى دعاوى صحة التعاقد التى شهرت صحيفتها وسددت الأمانة القضائية المستحقة عليها طالما أن الصلح قد انصب على ذات الطلبات الواردة بصحيفة افتتاح الدعوى ولم يتجاوزها إلى حق آخر مـن الحقـوق العينـية العقاريـة واجبة الشهر فإذا تبين تجاوز الصلح لموضـوع الدعوى تعين شهره وفقا للقانون . لذا يقتضى العلم ومراعاة تنفيذ ما تقدم .

الأمين العام　　　　　　　　　　رئيس القطاع

" يجـــب كذلــك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . ويترتب على عدم القيد أن هــذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

ويســرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة " .

فقد أجبت المادة قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية .

والمــادة فى هذا تتماثل مع نص المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى .

إلا أنها تختلف عنها فى ترتيب الجزاء المترتب على عدم القيد فبينما تنص المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه يترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لاتكون حجة عِلى الغير ، أى أنها تكون حجة على المتعاقدين ولو لم تسجل . إذ تنص المادة ٢٧ من قانون السجل العينى على أنه يترتب على عدم القيد أن هذه الحقــوق لا تكون حجة لابين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، أى أن التصـــرف أو الحكم إذا لم يقيد فإنه لايسرى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

وتعــزى هذه التفرقة إلى أن القيد في قانون السجل العينى هو الذى ينشئ الحقوق العينية الأصلية أو يكشف عنها وليس للتصرف أثر في ذلك .

وقــد نصت المادة على سريان حكمها - كما فعل قانون تنظيم الشــهر العقــارى - علـــى القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة.

ومــا ذكرناه بالنسبة لأثر القسمة غير المسجلة بالنسبة للغير في قــانون الشـــهر العقارى يسرى هنا . إذ معنى الغير في القانونين واحد.

وإذا باع شريك قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل قيدها في السجل العينى ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، كان المشترى من الغير. فــإذا قــيد سنده قبل قيد القسمة لم يحتج عليها بها ، وله أن يطلب تثبيــت ملكيــته للحصـــة الشائعة المبيعة وإجراء قسمة جديدة ، إذ لايزال العقار شائعا مادامت القسمة لم تقيد .

ولاتنــتج القسمة غير المقيدة أثرها بين المتقاسمين ، ويعتبر كل مــن الشــركاء مازال مالكا على الشيوع بعد القسمة غير المقيدة . وإذا وقع الشراء على جزء مفرز من المال الشائع سواء قبل القسمة أو بعدهــا ، ولــو كــان قــد وقع هذا النصيب في حصة البائع ، فالمشــترى يعتــبر قد اشتراه من مالك على الشيوع وتسرى عليه أحكــام المــادة ٢/٨٢٦ مدنـــى التى تجرى على أن : " وإذا كان

التصــرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجــزء عــند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إلــيه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القســمة – وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف " .

فــإذا قيدت القسمة كانت حجة على المتعاقدين والغير ، ويكون قــيدها صحيحا ، حتى لو كان المتقاسم الذى وقع العقار فى نصيبه سئ النية ، أو متواطئا . لأن القيد لايبطله سوء النية أو التواطؤ.

غــير أن التصرف غير المقيد يرتب التزامات شخصية قبل كل من المتعاقدين .

إجراءات خاصة بالدعاوى واجبة الشهر فى قانون السجل العينى :

٣٠٩ـ النص القانونى :

المادة (٣٢) من قانون السجل العينى :

تنص المادة ٣٢ من قانون السجل العينى على أنه : " الدعاوى المــتعلقة بحــق عيــنى عقــارى أو بصــحة أو نفاذ تصرف من التصــرفات الواجــب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيــير فــى بــيانات السجل العينى ولاتقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات".

٣١٠ ـ الدعاوى المنصوص عليها بالمادة :

الدعاوى المنصوص عليها بالمادة ، هى الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها .

وقد بينا – فيما سلف– الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى – فهى تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العينى ودعوى الإنكار للحق العينى .

أما الدعاوى المتعلقة بصحة تصرف من التصرفات الواجب قيدها فتشمل دعوى الطعن ببطلان التصرف ودعوى الطعن بإبطال التصرف، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن .

أما الدعاوى المتعلقة بنفاذ التصرف فتشمل الدعوى البوليصية ، ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت فى حق الورثة(١) .

غير أن الرأى قد انقسم فيما إذا كانت **دعوى صحة ونفاذ العقد** تدخل ضمن الدعاوى المقصودة بالمادة من عدمه .

---

(١) السنهورى جـ٩ ص٥٣٩ وما بعدها – ويذهب سيادته ص ٥٤٠ إلى أن النص يجب أن يشمل أيضا دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع فى الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية . لأن هذه الدعاوى وإن كانت لاتتعلق بصحة التصرف أو نفاذه ، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف فى السجل العينى ، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل .

فذهــب رأى ، إلـــى أن هــذه الدعوى لاتدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل العينى ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد، طبقا لأحكام السجل العينى لايمكن قيده في السجل العينى ليستغنى به عن المحــرر الرســمى . وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صـــحة الـــتعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها فى السجل العينى . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفى منه أو طعن فى صحة التعاقد فيرفع المشترى دعوى صـــحة التعاقد ، حتى إذا حصل على حكم لصالحه ، وامتنع البائع مع ذلك عن توثيق البيع حتى يمكن قيده فى السجل العينى ، لم يبق أمام المشترى إلا مطالبته بالتعويض [١].

ويؤيد هذا الرأى ما جاء بالمذكرة الشارحة لقانون السجل العينى تعلـيقا علـــى المادة ٣٢ سالفة الذكر من أنه : " وتأسيسا على مبدأ اشــتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى المشار إليه فى المادة ٣٩ يقتضى عدم قبول دعاوى صحة التعاقد " .

بيـــنما ذهــب رأى آخـــر إلى أن القول باستبعاد دعاوى صحة الــتعاقد اســـتنادا إلى مبدأ اشتراط الرسمية للقيد فى السجل العينى، غـــير ســـديد نقله المشرع عن المرجع الوحيد الذى اعتمد عليه فى وضع قانون السجل العينى دون أن يأخذ حذره من أن ما جاء بهذا

---

(١) السنهورى ص ٥٤٠ هامش (٢) .

المرجع في هذا الشأن هو رأى خاص لمؤلفه [١]. والواقع أن اشتراط الرسمية للقيد في السجل العيني هو أمر مختلف كل الاختلاف عن اشتراط الرسمية لانعقاد العقد ، هذا فضلا عن أن صياغة المادة ٣٢ جاءت بعبارة عامة جامعة تشمل بغير شك دعاوى صحة التعاقد ، فمما لاجدال فيه أن عبارة الدعاوى المتعلقة بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها تشمل دعاوى صحة التعاقد التي تنصب أساسا على تصرفات واجبة القيد ، إذ قد يكون التصرف الذى ترفع بشأنه دعوى صحة التعاقد من التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة أو المغيرة أو المزيلة لحق من الحقوق العينية العقارية ، وهى تصرفات واجبة القيد طبقا للمواد ٢٦، ٢٧، ٢٩ من قانون السجل العيني ، ومن ثم تكون دعوى صحة التعاقد من الدعاوى المتعلقة بصحة تصرف من التصرفات واجبة القيد فالمواد ٢٦، ٢٧، ٢٩ من قانون السجل العيني لم تقتصر على إيجاب قيد التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية ، بل أوجبت أيضا قيد الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ومن هذه الأحكام أحكام صحة التعاقد ، الأمر الذى يتعين معه القول بأن العبارة التي وردت في المذكرة

---

(١) المقصود رسالة الدكتور منصور وجيه ، السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصرى .

الشـــارحة لقـــانون السجل العينى باستبعاد دعاوى صحة التعاقد هو لغـــو لايعول عليها يضاف إلى ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٥ مـــن قـــانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة ٣٢ من قانون السـجل العيـنى صريحه فى وجوب تسجيل دعاوى صحة التعاقد علـــى حقوق عينية عقارية . هذا وقد يقال أن هناك خطأ ماديا فى المذكـرة الشـــارحة ، وأن المقصـــود هو دعاوى صحة التوقيع لا دعاوى صحة التعاقد [١].

ويضيف بعض أنصار هذا الرأى إلى الحجج السابقة ، ما يمكن أن يترتب من نتائج عملية سيئة على الأخذ بالرأى الأول ، إذ يؤدى العمـــل بـــه إلـــى تحلل البائع بسهولة من التزامه بنقل الملكية إلى المشـــترى تمكنا من بيع العقار مرة أخرى خاصة فى ظل التطور الســريع لأســـعار العقارات ، ولايبقى أمام المشترى سوى دعوى الـــتعويض يـــرجع بهـــا علـــى البائع ، وفى ذلك الكثير من العنت وضـــياع الحقوق ، فضلا عن إمكان هز الثقة فى التعامل وهو مالا يمكـــن أن يـــرد على بال المشرع فضلا عن أن تتجه إليه إرادته ، ويضاف إلى ذلك أن دعاوى صحة التعاقد يتم شهرها فعلا فى ظل نظام السجل العينى . مما يمكن معه القول بأن الجدل حول قيد هذه

---

(١) الدكتور إبراهيم أبو النجا رسالة فى السجل العينى فى التشريع المصرى ص ٤١٠ وما بعدها .

الدعـــاوى فـــى ظل نظام السجل العينى أصبح جدلا فقهيا لا طائل عملى من ورائه [١].

٣١١ـ الإجراءات الواجب اتباعها فى رفع الدعوى :

يجـب اتباع الإجراءات الآتية عند رفع الدعاوى المتعلقة بحق عيـنى عقـارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها .

١- تضمين الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجـراء التغيير فى بيانات السجل العينى بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات .

---

(١) المستشـــار محمود رضا الخضيرى ص ٤١٤ - ومن هذا الرأى أيضا الدكـتور برهام عطا الله ص ٣٨ وما بعدها ويقول سيادته : " وحظيت دعوى صحة التعاقد ببعض النصوص التى تؤكد أهميتها من ذلك المادة ٤٢ من ذلك القانون التى تنص على أن : " الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضـمن الطلـبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ولاتقبل الدعـوى إلا بعـد تقديـم شـهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضـمون هـذه الطلبات ومعنى هذا أنه سيصبح من الضرورى لقبول دعوى صحة التعاقد وغيرها من الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أن تقـدم شـهادة دالـة على حصول التأشير فى السجل العينى بمضمون الطلـبات الـتى تتضـمنها هـذه الدعاوى مع ضرورة أن تتضمن هذه الطلبات إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى " .

فـــإذا كانـــت الدعوى صحة ونفاذ عقد بيع ، وجب أن تتضمن الطلـــبات فى صحيفة الدعوى طلب إثبات انتقال الملكية من البائع إلى المشترى .

وإذا كانـــت الدعـــوى بطلـــب بطلان عقد ، وجب أن تتضمن الصحيفة طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد فى السجل العينى حتى إذا مـــا خلـــت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه رجع العقـــار إلـــى ملك المدعى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم عليه بمحوه ويعتبر القيد كأن لم يكن [١].

٢- التأشـــير فى السجل العينى بمضمون الطلبات فى الدعوى، بمـــا فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى على النحو سالف الذكر .

٣- تقديـــم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر .

٣١٢ـ وضـع الدعـاوى المـرفوعة أمـام المحاكم وقت العمل بقانون السجل العينى :

تنص المادة ٣٣ من القانون على أن :

" الدعـــاوى المشار إليها فى المادة السابقة التى تكون منظورة أمـــام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ولم تسجل صحيفتها لايجوز الاســـتمرار فى النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها

---

(١) المستشار محمود رضا الخضيرى ص ٤١٥ .

إجــراء التغيــير فى بيانات السجل وبعد التأشير فيه بمضمون هذه الطلبات .

ويمــنع المدعــون فــى هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير فإذا لم تقدم فى أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى ".

ونبين أحكام هذه المادة فيما يلى :

١- المادة تنص على أن الدعــاوى المنصوص عليها فى المادة (٣٢) إذا كانت منظورة أمام المحاكم وقت العمل بالقانون، ولم تكن صــحفها قــد ســجلت فلا يجوز الاستمرار فى نظرها إلا بعد أن تســتوفى الدعــوى الإجــراءات الثلاثة المبينة بالمادة ٣٢. وتلتزم المحكمــة بمــنح المدعى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بالقانون ، للقيام بالإجراءات الواردة بالمادة ٣٢ .

غــير أنــه لايتصور أن يكون قد سبق شهر هذه الدعاوى طبقا لقــانون الســجل العيــنى ، لأنها رفعت قبل صدوره وقبل صدور قرارات وزارية بتعين الأقسام المساحية التى يسرى عليها بالتالى ، وإنمــا المتصــور أن تكــون قد أشهرت طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى .

وبالتالى فإن ميعاد الشهرين الذى تمنحه المحكمة للمدعى لشهر الصــحيفة ، لابد أن يبدأ من تاريخ صدور قرار وزير العدل سالف الذكر . وليس من تاريخ العمل بالقانون .

٢- كانت صحيفة الدعوى قد سجلت - وهذا لايتصور إلا طبقا لقانون تنظيم الشهر العقاري - فإن المحكمة تستمر فى نظر الدعوى دون التقيد بالإجراءات الواردة بالمادة ٣٢ .

٣- إذا لم يقم المدعى بالإجراءات المبينة بالمادة (٣٢) ولم يقدم شهادة تفيد القيام بها فى أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد . توقف الدعوى . والوقف وجوبى وليس متروكا لتقدير المحكمة .

والوقف هنا تعليقى بحيث لايجوز للمدعى تعجيل الدعوى من الوقف إلا بعد القيام بهذه الإجراءات ، فإذا قام بتعجيلها قبل ذلك فإن المحكمة تقضى من تلقاء نفسها بإعادة الدعوى إلى الوقف [1].

٣١٣ ـ جزاء عدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (٣٢) :

أوضحت المادة (٣٢) من قانون السجل العينى فى عجزها الجزاء على عدم اتخاذ الإجراءات الثلاثة المنصوص عليها فيها بقولها :

".... ولاتقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات ".

فالجزاء إذن على عدم اتخاذ هذه الإجراءات هو القضاء بعدم قبول للدعوى .

---

(١) المستشار محمود رضا الخضيرى ص ٤١٧ .

وتقضـــى المحكمة بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها ، فالدفع بعـــدم القـــبول من النظام العام لأنه يستهدف تنظيم الملكية العقارية لتحقـــيق مصـــلحة عامة اجتماعية واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصالح الأفراد .

وكمـــا ذكـــرنا – بالنسبة للدفع بعدم القبول لعدم شهر صحيفة الدعـــوى طـــبقا للفقرة الثانية من المادة (٦٥) مرافعات– فإن هذا الدفـــع هو فى حقيقته دفع ببطلان الإجراءات موجه إلى إجراءات الخصـــومة وشكلها ، وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية وليس دفعـــا بعـــدم القـــبول الموضوعى ، فدور المحكمة عند الفصل فيه قاصـــر على التحقق من القيام بالإجراءات التى أوجبتها المادة ٣٢ ولاتتصل بشئ من خصائص المصلحة فى الدعوى ولاتتعرض لأى عنصر من عناصرها .

وبالبـــناء على ذلك فإن القضاء بعدم قبول الدعوى لاتستنفذ به محكمـــة أول درجة ولايتها إذا لم تقل كلمتها فى الموضوع، ويتعين علـــى محكمة الاستئناف عند إلغاء حكم محكمة أول درجة أن تعيد إلـــيها الدعوى للفصل فى موضوعها حتى لاتفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضى الأمر الذى يتعلق بالنظام العام .

والقضـــاء بعـــدم القـــبول يقتصـــر أثـــره على إلغاء إجراءات الخصومة التى صدر فيها ، ويجوز لصاحب المصلحة إقامة دعوى

جديـــدة يتجنـــب فيها العوار الذى شاب الإجراءات ، دون أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٣٢ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السـجل العنيى على أنه : " الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصـحة أو نفـاذ تصـرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضـمن الطلـبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ، ولاتقـبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات " يدل على أن المشرع فرض على المدعـى اتخـاذ إجراء معين هو قيد صحيفة دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فى الجهات التى يسرى عليها نظام السجل العينى فى السجل المعد لذلك به ، وأن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل وفقا لهذه الطلبات وكذلك تقديم شـهادة إلـى المحكمة دالة على حصول التأشير فى السجل العينى بمضمون هذه الطلبات ، ولما كان هذه الإجراء الذى أوجبه القانون وحتى تقبل الدعوى الأصلية ليس له صلة بالصفة أو المصلحة فيها ولايـتعلق بـالحق فى رفعها ، وبالتالى فإنه يخرج من نطاق الدفع بعـدم قـبول الدعوى المنصوص عليه فى المادة ١١٥ من قانون المـرافعات ، ويندرج ضمن الدفوع الشكلية وبالتالى ، فإن محكمة

أول درجـــة بقضائها بعدم قبول الدعوى لعدم قيام المدعى بالإجراء المنصـــوص عليه فى المادة ٣٢ من قانون السجل العينى تكون قد وقفـــت عـــند حـــد المظهر الشكلى لرفع الدعوى ، مما ينأى بهذا القضـــاء عن وصف الدفع بعدم القبول الموضوعى الذى تستنفد به المحكمة ولايتها فى الفصل فى موضوع الدعوى ، مما يوجب على محكمـــة الاســـتئناف بعد إلغائها الحكم المستأنف إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها " .

(طعن رقم ١٥٦١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٩)

(طعن رقم ١١٩٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/٩)

٣١٤ـ الدعاوى الكيدية :

تـــنص المادة ٤٢ من قانون السجل العينى على أن : " لكل ذى شـــأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣١ فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه جديا .

وكذلـــك لذى الشأن أن يطلب إلى القاضى محو التأشير المشار إلـــيه فـــى المادة ٣٢ فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لغرض كيدى محض " .

فقـــد أجازت الفقرة الثانية من المادة (٤٢) لذى الشأن أن يطلب إلـــى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣٢ (وهـــو التأشير بمضمون الطلبات فى الدعاوى واجبة الشهر) .

ويأمر القاضى بالمحو إذا رأى من ظاهر الأوراق أن الدعوى غير جديـــة ولـــم يقصـــد بها إلا الكيد للمدعى عليه ، حتى يحول دون تصرف المدعى عليه فى العقار محل الدعوى . أو غل يد دائنه عن التنفيذ على العقار وقد يتطلب الفصل فى الدعوى وقت طويلا يظل فـــيه مالك العقار غير قادر على التصرف فيه بحرية نظرا لظهور تســجيل العريضـــة أو التأشـــير بهـــا فى الشهادات العقارية التى يســتخرجها المتعامل ، مما قد يحمل هذا الأخير على الإحجام عن التعاقد معه انتظارا لنتيجة للدعوى .

وقــد خول الشارع هذا الحق (لذى الشأن) ، ومن ثم يثبت هذا الحــق للمدعى عليه ، وكذلك لدائنه لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن .

إنمـــا لايجــوز لمـــن تلقى حقا عينيا عقاريا من المدعى عليه كالمشترى مثلا أن يلجأ إلى هذا الطريق .

ولايجــب علـــى القاضى التحرى عن شرط الاستعجال ، لأن الاستعجال مقرر بنص صريح .

٣١٥ ـ التأشـير فى السجل العينى بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعوى :

تنص المادة ٣٤ من قانون السجل العينى على أنه : "يؤشر فى الســجل العينى بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعاوى المبينة فى المواد السابقة " .

فقد أوجب القانون على المدعى التأشير فى السجل العينى بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها .

ويكون الحكم نهائيا إذا كن صادرا فى حدود النصاب النهائى للمحكمة أو انقضى ميعاد الطعن فيه بالاستئناف أو استنفد طريق هذا الطعن .

٣١٦ ـ أثر التأشير بالدعاوى فى قانون السجل العينى :

تنص المادة (٣٥) من قانون السجل العينى على أنه :

" يترتب على التأشير بالدعاوى فى السجل العينى أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى فى السجل .

وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة إلى الأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار " .

ويبين من هذا النص أنه يفرق فى الأثر الذى يترتب على التأشير بالدعاوى بين حالتين :

الحالة الأولى :

هـــى التى يؤشر فيها بالحكم النهائى الصادر فى الدعوى التى قـيدت صحيفتها فى السجل العينى ، خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا . والحكم يكون نهائيا إما لصدوره فى حدود النصـــاب النهائى للمحكمة أو لفوات ميعاد الطعن فيه بالاستئناف ، أو لاستنفاذ طريق الاستئناف .

أما بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بالقانون فتبدأ مدة خمـــس السنوات من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار، وهذه المادة تنص فى فقرتها الأولى على أن : " يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى علـــيها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العينى ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه السريان ، على أن يكون التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل " . ومن ثم فإن مدة خمس السنوات تبدأ بعد مضى ستة أشهر من تاريخ صدور القرار الـــوزارى بســـريان قانون السجل العينى على القسم المساحى الذى يعينه القرار الوزارى .

ولمـــا كانـــت القرارات الوزارية تصدر فى تواريخ مختلفة فإن انتهاء هذه المدة لن يكون موحدا .

وفـــى هذه الحالة يكون الحكم النهائى حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل ابتداء من تاريخ التأشير

بهـــذه الدعـــاوى فى السجل . أى أنه جعل لهذا الحكم أثرا رجعيا يرجع إلى تاريخ شهر الصحيفة .

فـــإذا كانـــت الدعوى مرفوعة من البائع بفسخ بيع عقار صادر مـــنه ومقيد فى السجل العينى ، وكان المشترى قد رتب رهنا على هـــذا العقـــار ، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائـــن المرتهـــن حق رهنه فى السجل العينى . فإن الحكم النهائى الصادر بفسخ البيع إذا أشر به فى السجل يستند أثره إلى وقت شهر صـــحيفة دعوى الفسخ ، ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حســـن النـــية ، فيزول الرهن ، ويسترد البائع من المشترى العقار خاليا من هذا الحق .

أمـــا إذا كـــان حـــق الرهـــن مقيدا فى السجل العينى قبل شهر صـــحيفة دعوى الفسخ ، فإن الحكم النهائى الصادر بالفسخ ولو قيد فـــى الســـجل لا يكون حجة على الدائن المرتهن ويبقى رهنه قائما بالـــرغم من فسخ البيع . ويسترد البائع من المشترى العقار محملا بهـــذا الحـــق ولايشترط لبقاء حق الرهن أن يكون الدائن المرتهن حســـن النية ، فيبقى رهنه ولو كان سئ النية أو متواطئا ، إذ كان لقيده فى السجل حجية مطلقة .

وفى هذا يختلف الحكم فى قانون السجل العينى عن المقرر فى قانون الشهر العقارى ، إذ طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٧ من هذا القـــانون لايكـــون هذا الرهن حجة على الدائن المرتهن الذى كسب

حقـــه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة .

الحالة الثانية :

أن يؤشـــر بـــالحكم الـــنهائى الصادر فى الدعوى التى شهرت صـــحيفتها فـــى الســـجل العينى ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا .

وفـــى هـــذه الحالـــة لا يكون لهذا التأشير أثرا رجعيا يمتد إلى تـــاريخ شهر صحيفة الدعوى ، وإنما ينتج أثره من وقت التأشير به فقط .

فـــإذا كانت الدعوى بفسخ بيع عقار صادر من البائع ومقيد فى الســـجل العيـــنى ، وكان المشترى قد رتب رهنا على هذا العقار ، وقيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ فإن التأشير بالحكم بالفسخ لايكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان سئ النية أو متواطئا مع المشترى فيبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ عقد البيع [١].

---

(١) السنهورى جـــ ٩ ص ٥٥٢ وما بعدها .


محتويات الكتاب

تم بحمد الله


Bibliotheca Alexandrina
1129961